الجامعة الإسلامية في لبنان
كلية الحقوق

الأصول القانونية لإبرام العقود الإدارية

(دراسة مقارنة)

رسالة أعدت لنيل شهادة الماستر في القانون العام

إعداد الطالب
عامر نعمة هاشم

لجنة المناقشة

الأستاذ الدكتور مُحيي الدين القيسي	رئيساً
الأستاذ الدكتور فوزت فرحات	عضواً
الدكتور غادي مقلّد	عضواً

خلدة
٢٠١٣

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ (٢) الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ (٣) مَالِكِ يَوْمِ
الدِّينِ (٤) إِيَّاكَ نَعْبُدُ وَإِيَّاكَ نَسْتَعِينُ (٥) اهْدِنَا الصِّرَاطَ الْمُسْتَقِيمَ (٦)
صِرَاطَ الَّذِينَ أَنْعَمْتَ عَلَيْهِمْ غَيْرِ الْمَغْضُوبِ عَلَيْهِمْ وَلَا الضَّالِّينَ (٧) ﴾ .

صدق اللهُ العَلِيُّ العظيمُ

سورة الفاتحة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾

صدق اللهُ العَلِيُّ العظيمُ

سورة المائدة آية (١)

الإهداء

إلى:

مَنْ يَملأُ الأرضَ عدلاً وقسطاً بعدَ ما مُلئتْ ظلماً وجوراً

(عجل الله فرجه وسلام الله عليه وعلى آبائهِ الأطهار)

مَنْ بنصحه سلكتُ طريقَ السلام

مَنْ علمني فأحسنَ تعليمي وربّاني فأحسنَ تربيتي **والدي**

مَنْ بدُعائها فُتِحت لي أبوابُ الإجابة

إلى القلبِ الفسيحِ والوجهِ السميح **والدتي**

مَنْ أشدُّ بهم أزري على الدوامْ

مَنْ يرجون ليَّ الخير وتحقيقَ أمنياتي والسلامْ **أختي و أخوتي**

مَنْ تبقى ذكراهنَّ في الأعماق **أختاي رحمهما الله**

مَنْ تقرر أنْ يكونَ الدربُ معها طويلاً شيقاً مُبهراً

مَنْ بقيتْ صابرة ووفية معي كثيراً **زوجتي**

مَنْ انتظرته طويلاً وبعثَ في حياتي الأملْ **ولدي**

إلى مَنْ ضاقتْ عليه الأرض بما رحُبتْ إلى من تناولته أيدي الأمم، إلى الجريح إلى منْ أرجو له الرفعة، إلى الساكنَ الرابط إلى منْ تطاولت عليه الأحزانْ أدعوا الله سبحانهُ وتعالى أنْ يحفظهُ ويحميه من كلِ مكروه .

بلدي الصابر العراق

شكر وتقدير

اشُكر وأحمد الله على نعمه التي لا تُحصى، إلهي كفى بي عِزاً أن أكونَ لَكَ عَبداً، وكفى بي فخراً أن تكونَ لي رباً، أنتَ كما أُحبُ فاجعَلني كما تُحِبُ، فأسألكَ الصلاة على محمد وآله الأطهار والرحمة والغفران وحُسنَ العاقبة.

وإنه ليقودني شرف الوفاء، والاعتراف بجميل النبل، بعد أن أنهيت رسالتي بتوفيق الله تعالى أنْ أتقدم بأسمى آيات الشكر والعرفان إلى أستاذي الجليل **الدكتور محيي الدين القيسي** الذي شرفني بقبول الإشراف على هذه الرسالة، فأسبغَ عليها من فيض علمه وكمال أستاذيته حيث كان لتوجيهاته نبراس أترسم على ضوئه خطاي في رحلة الزمن مع هذه الرسالة التي تكاد تنطق صفحاتها بل سطورها وحروفها بقيمة ما أولاني من ذخيرة علمه وثمين وقته وجهده، فجزاه الله خير الجزاء.

ويملي علي واجب الاعتراف بالفضل، تقديم شكري وتقديري إلى الأستاذ **الدكتور فوزت فرحات**، و**الدكتور غادي مقلّد** وجميع أساتذة قسم القانون العام في كلية الحقوق/ الجامعة الإسلامية.

كما أتقدم بخالص الشكر والامتنان إلى **الدكتور رامز عمار** عميد كلية الحقوق، **والدكتور محمد فرحات** لما أبدوه من مساعدة صادقة لي في مراحل دراستي المختلفة.

كما أتقدم بخالص شكري وتقديري إلى كافة الزملاء والأصدقاء في لبنان والعراق لما أبدوه لي من دعم معنوي مباشر وغير مباشر للمضي قدماً في إكمال دراستي.

ويحدوني واجب الوفاء والاعتراف بالجميل أن اشكر منتسبي مكتبة كلية الحقوق الجامعة الإسلامية في لبنان، الجامعة اللبنانية، جامعة بيروت العربية، مكتبة السيد فضل الله ، جامعة بغداد، جامعة الكوفة، جامعة كربلاء، جامعة بابل لما أبدوه من مساعدة وعون فجزاهم الله خير الجزاء .

الباحث

(عهد الإمام علي أمير المؤمنين(ع) إلى مالك الأشتر) [1]

(بسم الله الرحمن الرحيم. هذا ما أمر به عبد الله علي أمير المؤمنين(ع) مالك بن الحارث الأشتر في عهده إليه حين ولاه مصر: جباية خراجها، وجهاد عدوها، واستصلاح أهلها، وعمارة بلادها).

سياسة الدولة مع التجار

(ثم استوص بالتجار وذوي الصناعات وأوص بهم خيرا، المقيم منهم والمضطرب بماله والمترفق ببدنه، فإنهم مواد المنافع وأسباب المرافق، وجلابها من المباعد والمطارح، في برك وبحرك، وسهلك وجبلك، وحيث لا يلتئم الناس لمواضعها، ولا يجترئون عليها، فإنهم سلم لا تخاف بائقته، وصلح لا تخشى غائلته، وتفقد أمورهم بحضرتك وفي حواشي بلادك. واعلم مع ذلك أن في كثير منهم ضيقاً فاحشاً وشحاً قبيحاً، واحتكاراً للمنافع، وتحكماً في البياعات، وذلك باب مضرة للعامة وعيب على الولاة فامنع من الاحتكار فإن رسول الله (ص)، منع منه، وليكن البيع بيعاً سمحاً، بموازين عدل وأسعار لا تجحف بالفريقين من البائع والمبتاع. فمن قارف حكرة بعد نهيك إياه فنكل به، وعاقبه في غير إسراف).

---

[1] أصبح هذا العهد أحد المواثيق التي اعتمدتها الأمم المتحدة، وتمت ترجمته إلى عدة لغات كونه يتضمن المبادئ العامة في إدارة الدولة من حيث الدفاع والأمن والإصلاح الاجتماعي والتنمية الاقتصادية ومالية الدولة ولكافة الجوانب المالية والإدارية والقانونية... للإطلاع على كافة تفاصيله ينظر سماحة الشيخ محمد مهدي شمس الدين، عهد الأشتر، المؤسسة الدولية للدراسات والنشر، بيروت، ٢٠٠٠.

المقدمـة

تنقسم أعمال السلطة الإدارية إلى أعمال مادية، وأعمال قانونية وهذه الأخيرة تنقسم بدورها إلى قرارات إدارية تعتمدها الإدارة بإرادتها المنفردة، وعقود إدارية تنشئ من توافق إرادتها أي السلطة الإدارية مع إرادة أخرى.

وإذا كانت العقود الإدارية تتشابه مع العقود المدنية التي يبرمها الأفراد فيما بينهم، فإن كِلا العقدين ينشأ من توافق إرادتين، إلا إنَّ الإدارة ليست كالأفراد، لها مُطلق الحرية في التعاقد مع من تختاره بحرية مطلقة، فعليها أنْ تسعى إلى تحقيق المصلحة العامة من خلال تسيير المرافق العامة وإشباع حاجات الأفراد، لذا فإنَّ المشرّع ألزَمها بأتباع أصولٍ معينة عند إبرام العقد الإداري، هذه الأصول يهدف المشرّع من خلالها إلى أنْ تختار الإدارة المتعاقد الأفضل . أي الأكثرْ كفاءة والأقلّ سعراً من بين المتنافسين، هذا من جانب، ومن جانب آخر، فإنَّ هذه المرحلة (المرحلة السابقة على إبرام العقد الإداري) وما تتضمنهُ من إجراءات إدارية فرضَها المشرّع على الإدارة، تُعتبر الأساس للعملية التعاقدية التي تنتهجها الإدارة وصولاً إلى إبرام عقد إداري مطابق للتعليمات وما يحققهُ من نتيجة إيجابية في الغرض الذي أُبرمَ من أجله.

فهذه المرحلة يتحدد فيها التزامات وحقوق طرفي العقدْ، وما ينشأ عنها من مشكلات قانونية قد يمتدّ أثرُها إلى ما بعدَ توقيع العقد، ونظراً لكون الإدارة هي المسؤولة وبصورة مباشرة عن تسيير المرفق العام و لما تتمتع به من سلطة عامة، الأمر الذي يفرضْ عليها أن تطبق النصوص القانونية وفقا لما يتطلبه المشرّع.

ولكنَّ الرياح تأتي بِما لا تشتهي السفنُ، إذ إنَّ الإدارة كثيراً ما يُشار إليها بأصابع الاتهام بالفساد عند إبرامِها لعقود إدارية، حينَ تخفقْ الجهة المتعاقدة مع الإدارة في تنفيذِها أو يكون التنفيذ مُعيباً أو أقل جودة، الأمر الذي أنعكس سلباً على نوعية الخدمات التي تسعى الإدارة إلى إشباعها.

من هنا تنبع أهمية البحث في أصول إبرام العقود الإدارية من خلال بيان إشكالية العلاقَة بين النصوص القانونية (التشريعية والتنظيمية) المُنظِمة لإبرام العقود الإدارية وممارسَة تَنفيذِها.

هذا ما يقضي بنا إلى محاولة البحثْ عن الثغرات القانونية التي ساهمت في إبرام عقوداً إدارية لمشاريع وهمية أو سيئة التنفيذ، ولا يقفُ الأمر بنا عند هذا الحد بل يصبح لزاماً علينا

وضع الحلول لسد تلك الثغرات من خلال تحليلِ النصوص التشريعية والأحكام القضائية بمقاربةٍ قانونية يغلبُ عليها الطابع القانوني من خلال المنهج المقارن.

على هذا قسمنا بحثُنا إلى فصلين سنتناول في الفصلِ الأول منهُ بيان ماهية العقد الإداري الذي تسعى الإدارة إلى إبرامهِ من خلال بيان أنواعهِ الأكثر شيوعاً حسب ما تبتغيه الإدارة، والمعايير التي يرتكزُ عليها العقد الإداري مع بيان أركانه وصفة العقود التابعة له، والتي يجب على الإدارة أنْ تأخذها بعين الاعتبار حتى يمكنها من إبرام عقود إدارية، مع بيان القيود التي يمكن أنْ تَرِد على حريةِ الإدارة في التعاقد.

وفي الفصل الثاني سنوضح طرقْ التعاقد في التشريعات المقارنة وآلية اعتماد كُل طريقة مع بيان الأُسس العامة التي تستند إليها الإدارة عندَ تعاقدها مع الغير، وكيف يمكن للإدارة استثناء الأفراد من هذه الأسس والدخول في عملية تعاقدية سليمة، مع بيان المراحل العامة للتعاقد والتي ينبغي على الإدارة انتهاجها في سبيلِ الوصول إلى العرض الذي يلاءم متطلباتها في تأمين الحصول على الخدمةِ المعروضة منها وإبرامْ العقد الإداري بشأنِها.

أملين أنْ تفتحْ هذه الدراسة نافذة على الجوانبِ المهمة في كيفية الوصول إلى عملية تعاقدية ناجحة، وبالمقابل أنْ تعين المشرّع في (لبنان، العراق، ومصر) على وضع تشريعات حديثة ومعالجة لحالات الضعف التي تصيب بعض الفقرات التشريعية، وكذلك الإدارة في ممارسة عملها بشكل رصينْ يبعد عنها كل شبهة ومسؤولية قانونية.

الفصل الأول

مبادئ العقد الإداري

يستهدفُ العقد الإداري تسيير مرفق عام، بمعنى تحقيق المصلحة العامة، وكانَ لهذا أثرهُ في المركز القانوني الذي تتمتع به الإدارة في هذا العقد، ومن هنا تظهر أهمية العقد الإداري في تمتع الإدارة بظله بسلطات وامتيازات واسعة من شأنها أن تضمن سير المرافق العامة بانتظام واطراد وتحقيق المصلحة العامة.

لذلك نستعرض العقد الإداري في هذا الفصل من خلال مبحثين:

<u>المبحث الأول:</u> ماهية العقد الإداري

<u>المبحث الثاني:</u> أركان العقد الإداري والقيود التي تَرِد على حرية الإدارة بالتعاقد

المبحث الأول

ماهية العقد الإداري

إنَّ لجوء الإدارة للعقود الإدارية أصبحَ في الوقت الحاضر أكثرَ شيوعاً في وسائل تسيير مرافقها العامة، كون أسلوب القرار الإداري لا تستطيع فيه الإدارة إدارة شؤونها من جانبها فقط لذلك تستعين بالأفراد من خلال التعاقد معهم وحتى هذا الإجراء فإن الإدارة تأخذ فيه جانبين، جانب تُبرم فيه الإدارة عقوداً عادية (أي تخضع فيها للقانون المدني)، وجانب آخر تُبرم فيه عقود غير عادية (عقود إدارية) تخضع فيها للقانون الإداري وفقاً لمعايير خاصة تتمتع فيه الإدارة بسلطة عامة، في سبيل تسيير المرافق العامة و تحقيق المنفعة العامة، ولكي تحافظ فيها الإدارة على مركزها القانوني اتجاه المتعاقد معها.

لذلك تناولنا ماهية العقد الإداري في هذا المبحث من خلال مطلبين:

<u>المطلب الأول:</u> مفهوم الرابطة التعاقدية الإدارية

<u>المطلب الثاني:</u> معايير العقد الإداري والعقود المنبثقة منه.

<u>المطلب الأول: مفهوم العقد الإداري</u>

<u>الفقرة الأولى: تعريف العقد الإداري</u>

تُعتبر الدولة الممثل للجماعة والمؤتمنة على الشأن العام حيث تعمل من أجل تحقيق المصلحة العامة بمختلف الوسائل المتاحة لها من الوسائل القانونية على اختلافها، كإصدار التشريعات والقرارات بإرادة منفردة أو إبرام العقود مع الغير.

لذلك تلجأ الإدارة[١] أثناء ممارستها نشاطاتها إلى إبرام عقود مع الآخرين (أشخاص معنويين أو طبيعيين) لغرض تسيير عمل المرافق العامة أو الحصول على سلع أو خدمات تحتاج إليها، إلا إن عقود الإدارة ليست كلها عقود تخضع لنظام قانوني موحد، إذ قد يكون عقد الإدارة عقداً من عقود القانون الخاص، كما قد يكون عقداً من عقود القانون العام، وذلك لعدم توافق أحكام القانون الخاص مع طبيعة النشاط الذي تمارسه الإدارة في المجال الإداري.

---

[١] المقصود بالإدارة هي الشخص المعنوي الذي لهُ كيان قانوني مستقل يمكنهُ من اكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات (يمكن الاطلاع أكثر تفصيلاً على الشخصية المعنوية للدولة وأنواعها د.محيي الدين القيسي، القانون الإداري العام، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٧، ص٦٩).

ونظراً لكون العقد هو توافق إرادتين على ترتيب اثر قانوني وأركانه (الرضا والمحل والسبب)، فإن الأحكام التي تخضع لها العقود الإدارية وخاصة العقود التي تتعلق بامتيازات السلطة العامة تختلف عن العقود التي تبرمها الإدارة والخاضعة للقانون الخاص [١]، والتي لا تظهرُ فيها صفة السلطة العامة للدولة وإنما تخضع لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

إن العقد الإداري شأنهِ شأنُ أي عقد ليس إلا أتفاق بين أرادتين أو أكثر في سبيل توليد مراكز قانونية فردية، أي إن إرادة الإدارة وإرادة المتعاقد معها إنما تهدفان إلى إنشاء حقوق والتزامات في ذمة كل منهما [٢].

وللخصوصية التي يتميز بها النشاط الإداري التي ترغب الدولة التعاقد من أجله، فقد اختلفَ الفقه في وضع تعريف محدد للعقد الإداري، ونظراً لذلك تم حسم الموضوع من قبل القضاء الإداري بتحديد المبادئ الرئيسية للعقود الإدارية.

وقد أعطى مجلس شورى الدولة اللبناني الوصف اللازمْ ليكون العقد الذي تبرمه الدولة عقداً إدارياً، حيث جاء فيه (عندما يتضمن العقد المبرَم مع شخص معنوي عام لحاجات تسيير مرفق عام بنوداً غير مألوفة في القانون الخاص، يكون عقداً إدارياً) [٣].

كما إنَّ المحكمة الدستورية في مصر قد وصفتْ العقد الذي يمكن اعتباره عقداً إدارياً، جاء فيه (لتعيين اعتبار العقد عقداً أدارياً أن يكون أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً، يتعاقد بوصفه سلطة عامة، وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام، بقصد تسييره أو تنظيمه، وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية، وهو انتهاج أسلوب القانون العام فيما تتضمنه هذه العقود من شروط استثنائية بالنسبة إلى روابط القانون الخاص)[٤].

وقد عرَّفته المحكمة الإدارية العليا في مصر، العقد الإداري بأنهُ (العقد الذي يبرمهُ شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وأن تظهر

---

[١] د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ٢٠٠٧، ص٨.

[٢] نصري منصور نابلسي، ، أثار العقود الإدارية في القانون اللبناني، رسالة دكتوراه، جامعة بيروت العربية، ٢٠١٠، ص٢٣٧.

[٣] شورى لبناني رقم ١٧١ تاريخ ١٩٩٣/٢/١٤، م ق أ، ١٩٩٥، العدد٨، ص١٧٧.

[٤] حكم المحكمة الدستورية في ١٩/يناير/١٩٨٠ نقلا عن د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية مطبعة جامعة عين شمس، الطبعة الخامسة، ١٩٩١، ص٦٢.

نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلكَ بتضمين العقد شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص)[1].

وبذلك نرى إن العقد الإداري هو (توافق إرادتين يتم بين الإدارة و أحدُ الأشخاص المعنويين أو الطبيعيين، وتكون فيه الإدارة ذات سلطة عامة لتسيير المرافق العامة وتحقيق النفع العام ويتضمن بنوداً خارقة أو غير مألوفة).

الفقرة الثانية: نشأة العقود الإدارية

النبذة الأولى: نشأة العقود الإدارية في فرنسا

تُعد أحكام العقود الإدارية في جوهرها أحكاماً قضائية، يرجع الفضلُ فيها إلى مجلسِ الدولة الفرنسي، حيث تُعتبر نظرية العقود الإدارية من النظريات الحديثة نسبياً في القانون الإداري حيث يعتبر حكم (terrier) الصادر عام ١٩٠٣ الأساس الذي شيدت عليه فكرة العقود الإدارية بطبيعتها، حيث تقررَ بهذا الحكم (إن اختصاص القضاء الإداري يتناول كل ما يتعلق بتنظيم وسير المرافق العامة، قومية كانت أو محلية، وسواء كانت وسيلة الإدارة في ذلك عملاً من أعمال السلطة العامة أو تصرفاً عادياً، فالعقود التي تبرمها الإدارة بهذا الخصوص هي من قبيل الأعمال الإدارية بطبيعتها يجب أنْ يختص القضاء الإداري بالفصل بكل ما ينجمُ عنها من منازعات).

لذلك بدتْ فكرة المرفق العام ملازمة للعقد الإداري في هذا الحكم، إلا إنَّها لم تعدْ تلازمهُ فيما بعد ولم تعدْ ضرورية لإسباغ الصفة الإدارية على عقود الإدارة بصورة دائمة، فقد حرص مفوض الحكومة (روميو) في تقريره المقدم في دعوى(terrier) على التأكيد على أن فكرة المرفق العام وإن كانت ضرورية لكي يختص القضاء الإداري بالفصل في المنازعات المتعلقة بأعمال الإدارة إلا إن الإدارة حرة في أن تلجأ إلى وسائل القانون الخاص إذا ما رأت أن تلك الوسائل أجدى في تسيير المرافق العامة أي أن عقود الإدارة لا تعتبر عقود إدارية بطبيعتها بمجرد اتصالها بمرفق عام إلا إذا كانت تقوم على وسائل القانون العام[2].

---

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر رقم٥٧٦ تاريخ ١٩٦٧/١٢/٣٠نقلا عن د. مازن راضي ليلو، القانون الإداري، مطبعة جامعة دهوك، ط٣، ٢٠١٠، ص٢٤٩.

[2] د. سليمان الطماوي،المصدر السابق، ص٣٩.

وبالاستناد إلى ذلك تكتسبُ عقود الإدارة الصفة الإدارية ليس بناء على أرادة المشرّع ولكن بناء على خصائصها الذاتية فنظرية المرفق العام لم تعدْ كافية لتحديد نطاق تطبيق القانون الإداري لان العقود التي تبرمها الإدارة مع اتصالها بالمرفق العام لا تكون عقود إدارية إلا إذا كانت تقوم على استعمال وسائل الإدارة العامة و إلا فإنها تكون من عقود القانون الخاص.

لذلك أخذت نظرية العقود الإدارية تشق طريقها في أحكام القضاء الفرنسي حتى تأكدت بشكل واضح ونهائي في حكم مجلس الدولة الفرنسي عام (١٩١٢) في قضية شركة (الكرانيت) حيث قرر المجلس حينذاك أن عقد التوريد الذي تبرمه الإدارة بالشروط والأوضاع التي تبرم عقود الأفراد يعتبر عقدا مدنيا ولو كان متعلق بمرفق عام، وإنه مادامت التوريدات محل العقد تنفذ بنفس الشروط والأوضاع التي ينفذ بها الأفراد عقودهم فإن العقد يعتبر من عقود القانون الخاص[١].

لذلك فإن بعض الأحكام التي صاغها القضاء الفرنسي أصبحت اللُبنة الأساسية في تأكيد وجود نظام القانون العام، ففي حكم (بلانكو) الصادر عن محكمة التنازع الفرنسية في ١٨٧٣/٢/٨ تمَ وضع الحدود الفاصلة بين القانون العام والقانون الخاص حيث وردَ فيه (إنّ مسؤولية الدولة عن الأضرار التي تسببها للأفراد بفعل الأشخاص الذينَ تستخدمهم في المرافق العامة، لا يمكن أن تحكمُها المبادئ التي يقررها التقنين المدني لتنظيم الروابط بين الأفراد ببعضهم، وأن هذه المسؤولية ليست عامة ولا مطلقة بل لها قواعدُها الخاصة التي تتغير تبعاً لحاجات المرفق العام، وضرورة التوفيق بين حقوق الدولة والحقوق الخاصة) [٢].

النبذة الثانية : نشأة العقود الإدارية في لبنان

إنَّ أحكام العقود الإدارية هي منْ صنع القضاء الإداري الفرنسي ومنَ الدول التي أخذتْ أيضاً بالقضاء المزدوج هي (لبنان) حيث ترتبط نظرية العقود الإدارية بوجود قضاء إداري يضع الأسس لقواعد نظرية العقود الإدارية٠إنَّ مجلس شورى الدولة اللبناني الذي أنشأ بموجبْ القرار ٢٦٦٨ بتاريخ ١٩٢٤/٩/٦ و حددَ القرار ٢٩٧٩ تاريخ ١٩٢٥/٢/٩إجراءات

---

[١] د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠، ص١٩.

[٢] د. نذير بن محمد الطيب أوهاب، نظرية العقود الإدارية (دراسة مقارنة) في الفقه الإسلامي والقانون، معهد الإدارة العامة، السعودية، ٢٠٠٦، ص٣٠

وأصول التقاضي أمامه أصبحَ صاحب الولاية العامة للنظر في المنازعات الإدارية، ولكن بعدَ ذلك تم إلغائه عام ١٩٢٨ وأصبحتْ محكمة التمييز هيَ الجهة التي تنظر بأعمال المجلس وبقي الحال هكذا حتى عام ١٩٣٩، حيث أُنشأت المحكمة العليا للمنازعات الإدارية والتي استمرتْ في القيام بصلاحيات مجلس شورى الدولة حتى عام ١٩٤١.

أما مجلس شورى الدولة الحالي فيعود تنظيمه إلى العام ١٩٥٣ و ١٩٥٩ وصولاً إلى تاريخ ١٩٧٥/٦/١٤ بموجب المرسوم١٠٤٣٤، وقد نصَ على اختصاصه بالنظر في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية بموجب المادة (٦٠) منه (ينظر مجلس شورى الدولة على الأخص ..في القضايا الإدارية المتعلقة بعقود أو صفقات أو التزامات أو امتيازات إدارية أجرتها الإدارات العامة أو الدوائر الإدارية في المجلس النيابي لتأمين سير المصالح العامة)(١). وأخيرا صدر القانون رقم ٢٢٧ تاريخ ٢٠٠٠/٦/٢ الذي أدخل تعديلات عديدة على المرسوم ١٠٤٣٤.

النبذة الثالثة: نشأة العقود الإدارية في العراق

إنَّ موضوع العقود الإدارية كسائر موضوعات القانون الإداري يكتنفه الغموض وعدم وضوح مبادئه سواء على صعيد القضاء أو على صعيد التشريع، وذلك لأنَّ النظام القضائي في العراق اعتمدَ النظام القضائي الموحد حيث إنَّ المحاكم المدنية في العراق تعدُ صاحبة الولاية العامة للنظر في جميع المنازعات سواء أكانت الدولة طرفاً فيها أم لم تكن طرفاً فيها وهذا ما جاء بنص المادة (٢٩) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ .

وبعد تغير الوضع السياسي في العراق عام ٢٠٠٣ حاول المشرّع مواكبة التطور الحاصل في القضاء الإداري فاصدر تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ (٢)، والمطبقة حالياً على منازعات العقود الإدارية من قبل المحاكم العادية. وإنَّ المشرّع العراقي قد استبعدَ وبدون مبرر منازعات العقود الإدارية من اختصاص القضاء الإداري العراقي.

لذلك مما تقدم نأملُ من المشرّع العراقي أنْ يواكب التطور القضائي الإداري من خلال خلق المؤسسات القضائية المستقلة والمتخصصة بكافة المنازعات الإدارية، بشكل عام، وخير مقارنة هو ما نلاحظه بالمشرّع اللبناني الذي أعتمدَ فيه مجلس شورى الدولة اختصاصه

(١) د. محيي الدين القيسي، المصدر السابق، ص٢٣٣.

(٢) تم نشرها في الجريدة الرسمية بالعدد ٤٠٧٥ الصادر بتاريخ ٢٠٠٨/٥/١٩.

بمنازعات العقود الإدارية بالإضافة للمنازعات الإدارية الأخرى، و يتطلب من القضاء الإداري العراقي أن ينتهج هذا السبيل حتى يكون العمل الإداري على وتيرة واحدة.

النبذة الرابعة: نشأة العقود الإدارية في مصر

عندما أُنشأت محكمة القضاء الإداري في مصر بالقانون رقم ١١٢ سنة ١٩٤٦، حددت المسائل الداخلة في اختصاصاتها على سبيل الحصرْ ولم يردْ في ذلك القانون شيء يتعلق بالعقود الإدارية وبقي الحال على ذلك حتى صدر القانون رقم (٩) لسنة ١٩٤٩ ليحل محل القانون رقم (١١٢) لسنة ١٩٤٦ حيث نص هذا القانون في المادة (٥) على اختصاص محكمة القضاء الإداري بالفصل في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة وعقود التوريد الإدارية التي تنشأ بين الحكومة والطرف الآخر في العقد [١].

أي إنَّ اختصاص القضاء الإداري لم يشملْ كافة أنواع العقود الإدارية وإنما وردَ ذلك الاختصاص حصراً في عقود إدارية محددة، كما أن اختصاص القضاء المذكور، لم يتناول جميع المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية المذكورة في القانون وإنما اقتصر على تلك التي تنشأ بين الحكومة والمتعاقد معها، فالمنازعات التي تنشأ بين الأفراد وبين المتعهد في تنفيذ عقد إداري تكون من اختصاص المحاكم العادية. وقد تلافى المشرّع المصري هذه العيوب بالقانون الصادر عام ١٩٥٥ بشأن تنظيم مجلس الدولة في المادة العاشرة منه والتي نصت على أن (يفصل مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري دون غيره في المنازعات الخاصة بعقد الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو بأي عقد أداري آخر) وبذلك فتح الباب للقضاء الإداري للتوسع في العقود التي يرى إنه من المصلحة العامة إخضاعها لقواعد القانون العام، فقد ورد في قرار لمحكمة القضاء الإداري (لم يعد هذا ألاختصاص مقصوراً على عدد معين من عقود الإدارة، بل أنطوى على كافة العقود الإدارية، وأمتد إلى مختلف المنازعات المتعلقة بتلك العقود، فقد أصبحت العقود الإدارية في مصر عقوداً إدارية بطبيعتها، ووفقاً لخصائصها الذاتية لا بتحديد القانون، ولا وفقاً لإرادة المشرّع) [٢].

---

[١] د. سليمان الطماوي، المصدر السابق، ١٩٩١، ص٤٥.

[٢] د. سليمان الطماوي، المصدر السابق، ص٤٥.

الفقرة الثالثة: أنواع العقود الإدارية

للعقود الإدارية تقسيمات عديدة تتنوع وتصنف حسب نوع العقد وأشهر هذه التقسيمات هو تقسيمها إلى عقود إدارية مسماة وعقود إدارية غير مسماة أو عقود إدارية بطبيعتها.

ويقصد بالعقود الإدارية المسماة تلك العقود الإدارية التي نظم القانون أحكامها ووضع لها نظام قانوني محدد وجعل لها أسما هذه العقود توصف بأنها إدارية لان القانون وصفها بهذه الصفة ووضع أحكامها على هذا الأساس، ولان القانون سماها ووضع لها أحكامها، فلا يجوز البحث في صفتها فهي عقود إدارية بلا خلاف، فهي لذلك عقود إدارية مسماة وبذلك هي عقود إدارية بتحديد القانون.

ولكنْ على الرغم من تسمية بعض العقود لكن لا تستطيع الإدارة في سبيل إدارة مرافقها وما تواجهه من أمور أنْ تتقيد بالعقود التي نظمها المشرّع وسَماها، لذلك فللإدارة سلطة إبرام عقود لا تدخل تحت أي عقد من العقود المسماة وهذه عقود إدارية متى استوفت شرائط العقد الإداري والتي أطلق عليها العقود الإدارية غير المسماة أو عقود إدارية بطبيعتها. وفي الوقت الحاضر نلاحظ ازدياد وتنوع العقود الإدارية وازدياد مجالاتها، و إلى جانب عقود المقاولات والتوريد والالتزام ثمة عقود جديدة مثل العقود المالية المتعلقة بالأقراض والاقتراض، والعقود الاجتماعية، والعقود الصناعية، والعقود المتعلقة بالأبحاث العلمية وغيرها. و هذا التنوع والتطور في أنواع العقود الإدارية هو مؤشر على تحول في أسلوب تعامل الإدارة مع أشخاص القانون العام وأشخاص القانون الخاص [1].

لذلك يتضح لنا لجوء الدول إلى استخدام وسائل جديدة في تنمية بلادها يكون من جانبين أحدهما هو المحافظة على سلطة الدولة فيها والآخر هو الاستفادة منَ الإمكانيات المالية والفنية للطرف الآخر وخاصة إذا كانت الدولة لا تستطيع تمويل هذه المشاريع من موازنتها المالية مثل المطارات أو المرافئ الكبيرة أو استخراج المعادن والكهرباء لذلك ظهرت أنواع حديثة من العقود الإدارية مثل عقد البوت والخصخصة والمشاركة، وسنتناول أنواع العقود الإدارية التقليدية و الحديثة لبيان ماهيتها:

---

(1) د. سعاد الشرقاوي، تنوع وتزايد العقود الإدارية، مجلة الأمن والقانون –كلية شرطة دبي، العدد٢، السنة الثالثة، ١٩٩٥،ص٢٣١.

النبذة الأولى: الأنواع التقليدية للعقود الإدارية

أولاً: عقد امتياز ألمرافق العامة

١ -**مفهوم عقد ألامتياز:** لقد عُرف عقد ألامتياز بأنه عقد إداري يتم بمقتضاه إسناد إدارة أحد المرافق العامة ألاقتصادية إلى شخص من أشخاص القانون الخاص سواء كان فرداً أو شركة، لمدة محدودة لتحقيق الغرض الذي أُنشأ المرفق من أجله، على مسؤوليته بواسطة أمواله وعماله، مقابل تحصيل رسوم من المنتفعين من خدمات المرفق"[١].

ويعرّف بأنه (عقد إداري يتم بين شخص معنوي عام وأحد الأفراد أو الشركات، يتعهد بمقتضاه (الفرد أو الشركة) بالقيام على نفقته وعلى مسؤوليته، بإدارة وتشغيل مرفق عام تحت إشراف وإدارة الشخص المعنوي العام، طبقاً للشروط الموضوعة لهُ مقابل تصريح له باستغلال المشروع لمدة محدودة من الزمن وتحصيل الربح من المقابل الذي يدفعه المنتفعون بخدمات المرفق العام محل ألامتياز وتسمى الجهة الإدارية التي تبرم عقد الامتياز (مانح ألامتياز) ويسمى الشخص أو الجهة الخاصة التي يُعهد إليها بإدارة وتشغيل المرفق العام مَحل الامتياز (حامل ألامتياز) [٢].

ونظراً لأهمية عقد امتياز المرافق العامة وتعلقهِ باستغلال ثروات ومقدرات الدولة الطبيعية، أو المساس بمصلحة هامة للمواطنين، أو احتكار تشغيل هذا المرفق من قبل المتعاقد مع الإدارة، تحيط التشريعات عادة إبرام مثل هذا النوع من العقود بإجراءات خاصة، في مقدمتها، ضرورة موافقة السلطة التشريعية أي صدور قانون لهذه العقود، فالدستور اللبناني ذكر عقد ألامتياز في المادة (٨٩) [٣]. أي إن عقد الامتياز بحد ذاته، مرفقا بكافة مستنداته، يجب أنْ يتم تصديقه بقانون وإلا كان باطلاً، أما في فرنسا فحالها على خلاف ما في لبنان فإنه لا الدستور ولا القانون في فرنسا فرضا تصديق عقد الامتياز بقانون فهذا التصديق يتم عادة بمرسوم أو أحياناً بقرار وزاري أو ربما بقرار يصدر عن جهة معينة أخرى، كل ذلك تبعاً لما تقضي به

---

[١] د. عادل السعيد أبو الخير، القانون الإداري، ٢٠٠٩، ص٧٠٥.

[٢] د. نواف كنعان، القانون الإداري- الكتاب الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، ٢٠١٠،ص٣٢٢.

[٣] نصت م ٨٩ (لا يجوز منح أي ألتزام أو امتياز لاستغلال مورد من موارد ثروة البلاد الطبيعية, أو مصلحة ذات منفعة عامة، أو أي احتكار، إلا بموجب قانون).

الأحكام التي ترعى كل فئة من الامتيازات المختلفة [1]، وكذلك القانون المدني العراقي في المادة (٨٩١)[2]، وكذلك القانون المدني المصري في المادة (٦٦٨)[3]، حيث إن التشريعات اشترطت عدم منح ألالتزام (ألامتياز) لأية جهة إلا بموجب قانون.

وعليه نرى أنَّ عقد ألامتياز (من خلال القوانين والدساتير والقضاء الذين تطرقوا إليه) بإنه (هو عقد إداري يعقد بين جهة إدارية عامة أو شخص معنوي عام مركزي أولا مركزي، محلي أو مرفقي، وبين أحد الأفراد أو الشركات أو بين جهتين إداريتين عامتين لغرض تسيير مرفق عام على مسؤوليته، وبإمكانياته المادية، واستغلاله لمدة محدودة، على أن يكون ذلك بموجب قانون). فنستدل من التعاريف المتعددة لعقد ألامتياز – إنهُ يقوم على مبدأين :

المبدأ الأول:إنَّ الإدارة مانحة ألامتياز عند أعطائها المرفق العام إلى صاحب ألامتياز وما لهُ من امتيازات في إدارة المرفق العام يبقى هذا مرفقاً عاماً ذو منفعة عامة، بكافة الجوانب القانونية المترتبة على وجوده كمرفق عام.أي أن يبقى خاضع لرقابة الإدارة وما تمليها مقتضيات حسن سير المرفق العام.

المبدأ الثاني: يُعتبر هذا ألالتزام ذو طابع مزدوج كونه أسلوباً من أساليب إدارة المرافق العامة بالإضافة إلى كونه مشروعاً فردياً خاصاً، فهو عقد إداري ذو طبيعة خاصة، يتناول المرافق ذات الطبيعة ألاقتصادية [4]، لمدة طويلة نسبياً تتحدد بموجب قانون، تتيح (لصاحب ألامتياز) جني ثمار ما أنفقهُ من مال وجهد في إنشاء وإدارة المرفق مع تحملهِ كافة المخاطر المالية وخضوعه لرقابة السلطة المانحة، وهو على نوعين، عقد امتياز المرافق العامة و عقد امتياز الأشغال العامة [5].

---

(١) د. يوسف سعد الله الخوري، مجموعة القانون الإداري العام، الجزء الثاني، ١٩٩٩، ص٢٧٩.

(٢) نصت م ٨٩١ (التزام المرافق العامة عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية ويكون هذا العقد بين الحكومة وبين الفرد أو شركة يعهد أليها باستغلال المرفق لمدة محددة من الزمن بمقتضى قانون).

(٣) نصت م٦٦٨ (التزام المرافق العامة عقد, الغرض منه إدارة مرفق ذي صفة اقتصادية، ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم المرفق وبين فرد أو شركة، يعهد إليها باستغلال المرفق فترة معينة من الزمن).

(٤) وذلك لكون المرافق ألاقتصادية يدفع المنتفع بها مقابلاً لانتفاعه بخدماتها,فهذا ألأسلوب لا يلاءم المرافق العامة الإدارية ,والمرافق التي تقدم خدماتها مجاناً بدون بدل.

(٥) هو اتفاقية يقوم بمقتضاها شخص عام بتكليف شخص آخر بتنفيذ شغل عام, من بناء أو صيانة مشروع عام, والمقابل هنا ليس ثمناً كما هو الحال في عقد ألأشغال العامة يدفع من الإدارة, وإنما المقابل يتمثل بسلطة المتعاقد صاحب ألامتياز في استغلال المشروع العام لمصلحته ,خلال مدة محددة تكفل له تغطية نفقاته)=

الطبيعة القانونية لعقد ألامتياز:

ظهرت عدة اتجاهات في تكييف هذا العقد وحسب منظورها للعقد نستعرضها بالشكل التالي:

١. ألامتياز وليد أمر انفرادي:من جانب السلطة العامة، بما لها من ولاية آمرة، ويخضع الملتزم (صاحب ألامتياز) لهذا الأمر اختياراً وذلك بقبوله شروط ألامتياز وقد سادت هذه النظرية في الفقه الألماني والإيطالي، وعيب هذه النظرية إنها تطلق يد الإدارة العامة في تعديل ألامتياز أو إلغاءه دون التقيد بنصوصه وشروطه، وتنكر دور الملتزم إنكاراً لا يتناسب مع دوره في إدارة الامتياز وفي النفقات التي تكبدها لإنشائه واستغلاله [١].

٢. إنَّ ألامتيازَ عقد مدني: وقد سادَ هذا الاتجاه في تكييف الامتياز في فرنسا، حيث أُعتبر فيها إنَّ عقد ألامتياز عقداً مدنياً عادياً، ويؤخذُ عليه إنهُ يَحرم الإدارة منْ حقها في التدخل لتعديل شروط ألامتياز بعد إقرارها، وهو ما يخالف مبدأ قابلية المرفق العام للتعديل والتغيير لمواكبته للتطور الذي يطرأ على ألاحتياجات العامة للأفراد ولتحقيق المصلحة العامة، وإنَّ هذا الاتجاه يتجاهل حقيقة إنَّ الملتزم بالمرفق العام وبرغم كونه شخص خاص يتمتع ببعض امتيازات السلطة العامة، كفرض رسوم على المنتفعين بخدماته وحقه في الإستملاك وغيره من ألامتيازات التي لا تتوافر للمتعاقد في العقود المدنية [٢].

٣. أن الامتياز عمل قانوني مركب: أنَّ له طبيعة مختلطة (تنظيمية وعقدية) وهو التكييف السائد في الوقت الحاضر، والذي قال به العلامة Duguit (دوخي)، حيث يعتبر الامتياز عملاً قانونياً مركباً يشتمل على نوعين من النصوص [٣] :

الأول: تنظيمية– وهي التي تتعلق بتنظيم المرفق العام وآلية تسييره، وتملكُ الإدارة تعديل هذه النصوص وفقاً لحاجة المرفق.

=أنظر: أحمد حمزة ناصر، النظام القانوني لسلطة الإدارة في تنفيذ العقود الإدارية، رسالة ماستر، الجامعة الإسلامية، ٢٠٠١، ص٢٧. وهنالك من يرى في أن كلاهما (امتياز المرفق العام وامتياز الأشغال العامة إنها تحمل خصائص مشتركة وضرورة جمعها بمفهوم واحد، إن هذه العقود تتضمن منح الإدارة للمتعاقد معها العناية بتحقيق مهمة، وهو يقوم بها متحملاً مخاطر المشروع ,في مقابل أن يكون ثمن العقد عبارة عن رسم يتحمله المنتفعون بالمرفق) انظر:د سعاد الشرقاوي، المصدر السابق، ص٢٥٤.

[١] د. محمد علي آل ياسين، القانون الإداري المبادئ العامة، مطبعة الديواني– بغداد، ط٢– ٢٠٠٥، ص٨٠

[٢] د. محمد علي الخلايلة، القانون الإداري– الكتاب الثاني، ط١، دار إثراء للنشر والتوزيع، عمان . ألأردن، ٢٠١، ص٣٠٠.

[٣] د. مازن راضي ليلو، المصدر السابق، ص٢٦٦.

الثاني: تعاقدية- وهي التي تحكمها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ومنها ما يتعلق بتحديد مدة الالتزام و ألالتزامات المالية بين المتعاقدين ولا تتعدى ذلك لتشمل أسلوبُ الخدمات للمنتفعين وإنَّ هذا الأسلوب هو السائد في القضاء الإداري.

٢-مراحل عقد الامتياز: إنَّ عقد الامتياز يمر بثلاثُ مراحل:

المرحلة الأولى: مرحلة ما قبلَ انعقاد العقد

وهذه العملية لا تتمْ إلا بتفويض قانوني للسلطة مانحة ألامتياز وفقاً للشروط الموضوعة من الإدارة.

المرحلة الثانية: مرحلة تنفيذ العقد

وهذه المرحلة تكون بثلاثة محاور [١] :

المحور الأول: ويتمثل بأثر عقد الامتياز على الإدارة (مانحة الامتياز)

ويتمثل ذلك إنَّ الإدارة لها السلطة على (رقابة تنفيذ صاحب ألامتياز لشروط العقد من الناحية المالية والفنية والإدارية وهو سلطة و إمتياز للإدارة وإن لم ينص عليها القانون، لها سلطة فرض الجزاءات في حالة المخالفة، ولها سلطة تعديل العقد وفقاً للظروف والمستجدات لضمان سير المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة كما لها السلطة باسترداد المرفق قبل نهايته وتعويض صاحب ألامتياز التعويض اللازم عن ذلك.

المحور الثاني: حقوق صاحب الامتياز

كما للإدارة (مانحة الامتياز) من سلطات، كذلك لصاحب الامتياز حقوق من خلال حقهِ في استيفاء الرسوم مقابل الانتفاع من الخدمةَ وحقهِ في حفظ التوازن المالي للعقد و ألاستفادة مما تقدمه الإدارة من مساعدات مالية.

المحور الثالث: حقوق المنتفعين من المرفق العام (محل ألامتياز)

حيثُ يتمتع المنتفعون من خدمات المرفق العام بحق الانتفاع بخدمات هذا المرفق وحق مطالبة الإدارة بالتدخل لحماية مصالحهم.

---

[١] للاطلاع أكثر تفصيلا أنظر:د. حمدي القبيلات، القانون الإداري، دار وائل للنشر والطباعة- عمان - ألأردن، ط١-٢٠١٠ ، كذلك أنظر:د.محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣، ص٤٨-٤٩.

المرحلة الثالثة: مرحلة نهاية العقد

ينتهي عقد الامتياز بانتهاء مدته المحددة لهُ، أو بالقوة القاهرة التي يستحيل معها على حامل الامتياز تنفيذُ التزامه، أو بإنهائه من جانب الإدارة أو بواسطة القضاء كعقوبة لإخلال المتعاقد معها بشروط عقد الامتياز، ويطلق على ذلك إسقاط ألامتياز.

ثانياً: عقد الأشغال العامة (المقاولة)

١-مفهوم عقد الأشغال العامة

إنَّ عقد الأشغال العامة هو اتفاق بين الإدارة وأحدْ الأفراد أو الشركات يتعهدْ بمقتضاه الطرف الثاني بأنْ يقوم ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات تحت مسؤولية ولحساب شخص من أشخاص القانون العام مقابل مبلغ نقدي يُدفعْ إليه وفق شروط التعاقد وذلك بقصد تحقيق منفعة عامة [١].

وهنالك من يعرّفه بإنه (أتفاق بين شخص من ألأشخاص المعنوية العامة وفرد أو شركة (مقاول) بمقتضاه يلتزم الطرف الثاني ببناء أو ترميم مباني أو منشآت عقارية لحساب الطرف الأول، تحقيقاً لمنفعة عامة [٢].

وقد عرّفته محكمة القضاء الإداري المصري، تعريفاً مشابهاً في حكم لها بتاريخ ١٩٥٦/١٢/٢٣جاء فيه (إنّ عقد الأشغال العامة هو عقد مقاولة بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام وتحقيقاً لمصلحة عامة مقابل ثمن يحدد في العقد) [٣].

---

[١] بلال أمين زين الدين، المسؤولية الإدارية التعاقدية والغير تعاقدية في مصر وفرنسا، دار الفكر الجامعي-الإسكندرية، ٢٠٠١، ص٤٠٤.

[٢] د. محمد بكر حسين، الوسيط في القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص٧٥.

[٣] د. محمد عبد الوهاب رفعت، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٩١، ص٥٠٤.

٢-العناصر المكونة لعقد الأشغال العامة

أ. أن ينصب العمل على عقار:

فعقد الأشغال العامة لا يرد إلا على عقار، ومن ثم لا يُعد من قبل الأشغال العامة ألاتفاق الذي يكون موضوعه منقولاً، حتى وإن كان مملوك للدولة، ومهما كانت قيمة المنقول أو أهميته، لذلك لا تُعد من عقود ألأشغال العامة، العقود التي يكون موضوعها أعداد أو بناء أو ترميم سفينة أو حظائر متحركة للطائرات لكن تعد من قبل عقود ألأشغال العامة إذا كانت ألأشغال تقع على عقار بالتخصيص، كإقامة خطوط الهاتف أو مد الأسلاك تحت الماء، وقد أدخلَ القضاء الفرنسي في هذه الفكرة كلُ ما يتعلق بأعمال الصيانة والتنظيف والكنس والرش في الطرق العامة(١).

ب. أن يتم العمل لحساب شخص معنوي عام:

حتى نطلق على عقد الأشغال صفة العمومية، فإنه يدل ذلك على إنها أشغال تابعة لشخص معنوي عام، وبخلافه إذا كان لحساب الأفراد فلا يمكن أطلاق هذا الوصف عليه، حيث تستوي في هذه الحالة (صفة العمومية) أن يكون العقار مملوكاً لشخص عام أو يكون مملوكاً لفرد من الأفراد بشرط أن تكون هذه ألأعمال لحساب الشخص العام (٢).

لذلك يتجه قضاء مجلس الدولة الفرنسي إلى إسباغ صفة العمومية على الأشغال التي تنفذ لحساب الإدارة، حتى لو كان موضوعها عقاراً خاصاً، ويعِد المجلس أن العمل قد تم لحساب الإدارة إذا كانت لها سلطة الأشراف المباشر على تلك الأعمال أو كانَ مصير العقار سيؤول إليها بعد إنجازه (٣).

ج. أنْ يكون الهدف من الأشغال موضوع العقد تحقيق النفع العام:

يعتبر هذا العنصر منْ أهم العناصر التي يُعتمد عليها في عقود الأشغال العامة، وذلك كونها الصفة التي تجعله عقداً إدارياً وحيث كان مفهوم الأشغال العامة يقتصر على الأشغال التي تتعلق بعقارات والتي تعتبر من الأملاك العامة (الدومين العام)، أما الأعمال التي تجري

---

(١) د. سليمان الطماوي، المصدر السابق، ص١٢٦

(٢) د. نواف كنعان، المصدر السابق، ص٣٢٥.

(٣) د. فاروق أحمد خماس ومحمد عبد الله الدليمي، النظرية العامة للعقود الإدارية، دار الكتب والنشر الموصل، ١٩٩١ ، ص٤٧.

على عقارات خاصة (دومين خاص) فلا تعدْ عقود إدارية، إلا إنَّ القضاء الفرنسي لم يستقرْ على هذا المبدأ فعمدَ إلى توسيع مفهوم الأشغال العامة ليشمل الأعمال المتعلقة بعقارات مخصصة للنفع العام ولو كانت داخلة ضمن نطاق الدومين الخاص [1].

ثالثاً: عقـد التوريـد والنقـل

١-عقد التوريد:

هو عقد إداري يتعهدْ بمقتضاه أحد المتعهدين بأنْ يورد للإدارة منقولات تلزمها مقابل ثمن معين، فهذا العقد يقابل عقد البيع في القانون الخاص، وينصب على أي نوع من أنواع المنقولات[2].

وقد عرَّفته محكمة القضاء الإداري المصرية إنَّه (أتفاق بينَ شخص معنوي من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين) [3].

وتتخذ عقود التوريد صوراً مختلفة فقد تكون لدفعة واحدة أو على شكل توريد لعدة دفعات، وقد يتخذ صوراً من حيث طريقة تصنيع المواد المطلوب توريدُها فأهمها [4] :

١. **عقود التوريد الصناعية**: إنَّ العنصر الأساسي في عقود التوريد العادية، هو تسليم منقولات يُتفق على مواصفاتها مقدماً، ويكون المتعاقد حراً في المصدر الذي يحصل عليها منه، ولكن في عقود التوريد الصناعية، يقوم بجواز تسليم عنصراً آخر هو عنصر صناعة البضائع المتفق على توريدها، ومن ثم يكون للإدارة حرية كبيرة في التدخل أثناء إعداد تلك البضائع.
٢. **عقود التحويل**: تكون هذه الحالة عندما تسلمْ الدولة منقولات إلى إحدى الشركات لتحويلها إلى مادة أخرى، ثم يعاد تسليمها إلى الدولة.

ويُعتبر عقد التوريد في فرنسا عقداً إدارياً أو مدنياً وفقاً لخصائصهِ الذاتية، فمجلس الدولة الفرنسي يُخضع عقد التوريد تارة إلى قواعد القانون الخاص باعتباره عقداً مدنياً، وتارةً أُخرى

---

[1] د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص٥٨.

[2] د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، الدار الجامعية للطباعة- بيروت، ٢٠٠٧، ص٢١٧.

[3] حكم محكمة القضاء الإداري في ١٩٩٥٢/٩/٢ ذكره د. مازن راضي ليلو، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن، بلا سنة نشر وطباعة، ص٦٥.

[4] د. محمد ألأعرج، المصدر السابق، ص٤٩.

لعقود القانون العام باعتباره عقداً إدارياً، إذْ إنَّ المجلس لا يُعد عقد التوريد ذا طبيعة إدارية باستمرار وإنما يراه ذا طبيعة إدارية أو مدنية وفقاً لما يتضمنه العقد من أحكام [1].كذلك قد يختلط عقد التوريد بعقد آخر فيسرى على كل من العقدين نظامهُ القانوني وهذا ما أكدَته المحكمة الإدارية العليا في مصر بتاريخ ١٩٦٩/١/٢٥ (إنَّ مثار المنازعة أنصبَ كلَّهُ على أصلاح الدراجات البخارية والموتوسيكلات، وعلى توريد وتركيب ما يلزم لها من قطع غيار جديدة، وصاجْ، وأخشابْ، ومشمع، ومقابضْ وما إلى ذلك. ولما كانَ التوريد في هذا العقد ينصبُ على أشياء ذات شأن محسوس من حيث قيمتهِ وأهميته بجانب العمل، فإنَّ العقد بهذه المثابة ينطوي على مزيج من أعمال المقاولة والتوريد، وتقع المقاولة على أعمال ألإصلاح وينطبق أحكامه عليها ويقع التوريد على المواد وتسري أحكامه عليها) [2].

وإنَّ العقد الذي تبرمهُ الإدارة مع الغير كعقد الأشغال العامة أو عقد التوريد ينعقدْ صحيحاً ومنتجاً لآثاره القانونية حتى لو لم يكنْ البرلمان قد اعتمدَ المال اللازم لهذه الأشغال أو حتى لو جاوزت الإدارة حدود الاعتماد أو خالفت الغرض المقصود منه أو فات الوقت المحدد لاستخدامهِ فمثل هذه المخالفات إنْ وجدت من جانب الإدارة، لا تمسُ صحة العقد ولا نفاذه وإنما يستوجب ذلك المسؤولية السياسية لأنَّ ذلك يؤثر على ثقة الأفراد بالإدارة بحيث ينبغي حماية هذا الغير لئلا يتعطل سير المرافق العامة [3].

كما إنَّ للمورد الحرية في اختيار طرق ووسائل التنفيذ، لا يقيِّدَها إلا نصوص العقدْ، فالنصوص العقدية فقط هي التي يمكنْ أنْ تقرر للإدارة سلطات حقيقية في التوجيه، ولا يدخلْ في سلطة الإدارة ألإشراف على المتعاقد أثناء تنفيذ العقد [4].

لذلك يتميز عقد التوريد عن العقود الإدارية الأخرى بميزتين أساسيتين هما [5] :

---

(1) د. فاروق أحمد خماس، محمد عبدالله الدليمي، المصدر السابق، ص٥٥

(2) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المصدر السابق، ٢٠٠٧، ص٩٣.

(3) د. محيي الدين القيسي، العقود الإدارية وخصائصها وإمكانية التحكيم فيها في لبنان في ضوء قانون رقم ٤٤٠تاريخ٢٠٠٢/٧/٢٩، العدل، عدد١، ٢٠٠٧، ص٣٤.

(4) د. نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، منشورات زين الحقوقية، ط١، ٢٠٠١، ص١٣٨.

(5) د. عبد الرؤوف جابر، النظرية العامة في إجراءات المناقصات والعقود، دار النهضة العربية-بيروت، ٢٠٠٣، ص١٠٩.

١. إنه عقد يرد على منقول: فعقدُ التوريد يرد من حيث موضوعه أو محله، على منقول ويعني توريد أشياء منقولة أياً كان نوعها أو حجمها، كمواد الوقود والأدوات المدرسية والكهربائية وغيرها.

٢. إنه عقد رضائي: أي إنهُ يتم إبرامه بالاتفاق بين الإدارة والمتعهد المورد على توريد المواد والأشياء المحددة في العقد.وهو بذلك يختلف عن ألاستيلاء المؤقت على المنقول، إذ إن المورد في عقد التوريد يقوم بتسليم المنقولات المتعاقد عليها للإدارة المتعاقدة معه برضائه، بينما في ألاستيلاء المؤقت على المنقول تستحوذ الإدارة على المنقول بمقتضى قرار إداري ويقوم المورد بتسليم المنقول للإدارة تنفيذاً لهذا القرار جبراً عن صاحبه لقاء تعويض عادل.

مما تقدم يتضح إن المورد له كاملُ الحرية في اختيار طريقة تنفيذ العقد، ودور الإدارة فقط في بيان مدى مطابقة المواد الموردَة من المتعاقد مع الشروط المتفق عليها في العقد، وفي بعض الأحيان تشترط الإدارة تجهيزها بمواد وفقاً لنموذج يتم ألاتفاق عليه واعتماده، وعلى ضوئه يتم التجهيز [1].

٢- **عقد النقل:** بمقتضاه يتعهدُ أحد الأفراد أو إحدى الشركات الخاصة بتقديم خدمة نقل البضائع أو المنقولات أو المهمات أو الأشخاص من مكان إلى آخر لحساب شخص معنوي عام، ويهدف إلى تحقيق مصلحة عامة، ولقاء أجر محدد يتفق عليه في العقد سواء تعلق الأمر بعملية النقل ذاتها أو بوضع وسائلها كالسفن والسيارات تحت تصرف الشخص المعنوي العام ليتولى مسألة النقل بمعرفته وبواسطة تلك ألوسائل [2].

كما إنَّ عقد النقل قد يختلط بعقد ألامتياز، إلا إنَّ النقل يكون لمرة واحدة أو لمرات عديدة، وإنَّ الإدارة هي التي تدفع المقابل، بينما في حالة ألامتياز يكون النقل منتظماً كما إن المقابل يدفعه المنتفعون في صورة رسوم انتفاع [3].

ومن ناحية مقارنته مع عقد التوريد، فإن عقد النقل يخضع لأحكام عقد التوريد ونظامه القانوني، لا يختلفان إلا فيما يتعلق بموضوع كل منهما فموضوع عقد النقل يتعلق بنقل أشياء

---

(١) شورى لبناني قرار رقم ٣٤٤ تاريخ ١٩٩٦/٢/٦، م ق أ، ١٩٩٧، عدد١٠، م٢، ص٤٣٩.

(٢) د. مليكة الصروخ، القانون الإداري، الشركة المغربية لتوزيع الكتاب،الدار البيضاء،المغرب، ط٦، ٢٠٠٦، ص٤٩٠

(٣) د. ماجد راغب الحلو، المصدر السابق، ص٢٢٢.

منقولة، أما موضوع عقد التوريد فيقوم على توريد منقولات حيث كل منهما يكون إدارياً أو مدنياً وفقاً لطبيعته الذاتية [1].

النبذة الثانية:العقود الإدارية الحديثة

نظراً لتوسع وتطوير أنشطة الإدارة مما أدى إلى الحاجة إلى تحسين أداء المرافق العامة بصورة حديثة لذلك اتجهت الدول لاسيما النامية منها إلى جذب الخبرات الأجنبية والخاصة للمساهمة في تطوير المرافق العامة وخاصة المشاريع ألإستراتيجية ذات النفع العام والتي تعتبر من الدعائم الأساسية لدفع عجلة التنمية في الدول.

لذلك لجأت الدول إلى أساليب تعاقدية حديثة لتطوير برامجها ألاقتصادية نظراً لازدياد السكان وتنامي الحركة العمرانية وتوجه الدول إلى انفتاح الأسواق فيما بينها، وما ينعكس ذلك على الاستقرار الداخلي، هذا من جانب أما الجانب الآخر، و لكون هذه المشاريع تحتاج إلى رؤوس أموال كبيرة وعدم إمكانية الدول تغطية هذه المشاريع لذلك سعتْ الدول إلى البحث عن وسائل تعاقدية جديدة لتمويل هذه المشاريع مع ألأخذ بعين الاعتبار أنْ تبقى الدولة هي صاحبة السيادة ولها الدور الرقابي على مشاريعها.

فبرزَ من تلك الصيغ عقود البناء والتشغيل والإعادة ونقل ملكية المرافق العامة وإدارتها الذي يرمز لها اختصارا بتسمية عقود البوت وعقود الخصخصة.

كذلك ظهرت آلية جديدة هي المشاركة أو الشراكة بين القطاعين العام والخاص التي تؤدي إلى فسح المجال أمام القطاع الخاص في إدارة وتمويل المشاريع ذات النفع العام من خلال رفع يد الدولة عنها، والتي سنستعرضها بالشكل التالي:

اولاً: عقود أل (B.O.T)[2]

ثانياً:عقد الخصخصة Privatisation

ثالثاً: عقد المشاركة (ppp)

---

[1] د. حمدي القبيلات، المصدر السابق، ص١١٦.

[2] توجد أنواع أخرى من العقود على نظام عقدB.o.T مثل

(B.O.O.T B.O.O_B.L.T_B.T.O_R.O.T_D.B.F.O_M.O.OT_R.O.O_B.R.T_B.T)

للاطلاع على أكثر تفصيلا ينظر د. ماجد راغب الحلو، المصدر السابق، ص٢١٢-٢١٣.

أولاً: عقدB.O.T

وترمز هذه الكلمات(Build- Operate-Transfer أي بناء تشغيل تحويل للدولة).

١. مفهوم عقد B.O.T

هو أتفاق بين إحدى الجهات العامة وإحدى الجهات الخاصة (أفراداً أو شركات) يُطلقُ عليها شركة المشروع التي تتولى بناء وتجهيز أحد مرافق البنية التحتية، أو المرافق العامة الأخرى، وإدارته واستثماره لمدة زمنية محددة على نفقتها ومسؤوليتها لتستعيد نفقات البناء والتشغيل والصيانة وتحقيق هامش معقول من الربح، وإعادة المرفق إلى الجهة العامة في نهاية المدة مجاناً وبحالة جيدة وصالحة للتشغيل [١].

يعرّف بأنه (العقد الذي تبرمه الدولة مع الملتزم (فرد أو شركة) وبمقتضاه تقدم الدولة الأرض ألاللازمة لمشروع ألامتياز، ويقوم الملتزم بعمليات ألإنشاء والتشغيل على نفقته ومسؤوليته مقابل الحصول على رسوم من المنتفعين بخدمات مرفق الامتياز طوال مدة معينة، ينتقل بعدها المرفق بكل مقوماته المادية والمعنوية دون مقابل إلى الدولة وفي حالة صالحة للتشغيل)[٢]. كذلك عرفته لجنة الأمم المتحدة للقانون النموذجي ألانسترال (إنه شكل من أشكال تمويل المشاريع تمنح بمقتضاه حكومة ما لفترة من الزمن أحد ألاتحادات المالية امتياز وعندئذ تقوم شركة المشروع ببناء وتشغيل وإدارة المشروع لعدد من السنوات وتَستردِ تكاليف البناء وتحقق أرباحاً من تشغيل المشروع واستغلاله تجارياً وفي نهاية مدة ألامتياز تنتقل ملكية المشروع إلى الحكومة)[٣].

إنَّ سبب ظهور هذه العقود يعود إلى تطور الظروف الاقتصادية للدول وعدم كفاية مواردها المالية من إنشاء مشاريع إستراتيجية كبيرة بحاجة إليها مثل بناء المرافئ الكبيرة ومحطات الكهرباء والمطارات وغيرها من المشاريع الكبيرة لذلكَ اتجهت الدول إلى أشراك القطاع الخاص سواء كان محلي أو أجنبي لإنشاء هذه المشاريع وتمويلها حيث تقوم الدولة بإعداد الخطوط

---

(١) يعرب محمد الشرع، دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصاديةB.O.T دراسة مقارنة، دار الفكر - دمشق، ٢٠١٠، ص٢١٨.

(٢) د.إبراهيم الشهاوي، ألامتياز بنظام B.O.Tوأهميته ألاقتصادية، مجلة مصر المعاصرة, الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي و ألاقتصاد والتشريع، مطابع ألأهرام، القاهرة، عدد٤٧٥-٤٧٦، ٢٠٠٤، ص٢٩٨.

(٣) د. جيهان حسن سيد أحمد، عقود البوتB.O.Tوكيفية فض المنازعات الناشئة عنها، دار النهضة العربية القاهرة ، ٢٠٠٢، ص٦٤.

العريضة للمشروع وأهدافه وتمنحْ امتيازاً خاصاً إلى شركة متخصصة لتقوم بتنفيذه وتشغيله واستثماره لحسابها الخاص لمدة محدودة وفي النهاية يعود المشروع إلى الدولة للاستمرار في تشغيله بدون مقابل.

٢. هل أن عقد البوت هو عقد امتياز؟

إنَّ عقود البوت قد أوجدها القانون ألأنكلوسكسوني، وهذا القانون لا يعترف بوجود عقود إدارية مميزة عن العقود العادية، بخلاف ما هو موجود في القانون الفرنسي واللبناني الذين إعتمدا نظام القضاء المزدوج، (العدلي والإداري)، ومن ذلك يتضح أن البيئة التشريعية التي أوجدت عقود البوت لا يمكن لها التفكير بوصف هذه العقود على إنها عقود إدارية لأنه (العقود الإدارية) لا وجود لها في القانون ألأنكلوسكسوني، ويلاحظ إنَّ القانون البريطاني لا يعرف نظاماً خاصاً يرى العقود التي تجريها السلطات العامة، ولا وجود لأية مجموعة من القواعد المنظمة لهذه العقود يتعلق بتلك القواعد المدنية التي ترعى العقود بشكل عام، وذلك إنَّ ارتباط عقود البوت ببيئة تشريعية معينة وبمناخ تشريعي محدد إطاره القانون ألأنكلوسكسوني لا يعطي الإدارة امتيازاً على المتعاقد معها، لذلك لا يمكن وصف عقد البوت بعقد امتياز [١].

أما موقف المشرّع اللبناني، فيتضح من أجازة السلطة التشريعية بالقانون رقم ٩٣/٢١٨، إجراء (استدراج عروض عالمي) لتحقيق مشروع نظام الراديو الخلوي باعتماد مبدأ التمويل الذاتي، وعلى (أساس دفتر الشروط الخاص يوضع لهذه الغاية) وبذلك فإن المشرّع اللبناني لم يصنف عقود البوت على إنها عقود امتياز [٢]. أما موقف اجتهاد مجلس شورى الدولة اللبناني من عقد البوت كان في عدة اتجاهات: (اعتبره عقد امتياز [٣]، وفي قرار ثاني بين أن عقد البوت يختلف تمام الاختلاف عن عقد الامتياز [٤]، وفي قرار ثالث اعتبره عقد إداري بدون ذكر نوع

---

[١] د. علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، منشورات زين الحقوقية، ج٢، ٢٠١١، ص٣٨٢.

[٢] د. علي عبد الأمير قبلان، المصدر السابق، ص٣٨٤.

[٣] شورى لبناني قرار رقم ٦٣٨، ٦٣٩ تاريخ ٢٠٠١/٧/١٧، م ق ا، ٢٠٠٤، عد١٦، م٢، ص٩٩٨.

[٤] شورى لبناني قرار رقم ٥٨٥ تاريخ ١٩٩٦/٥/٩.مختار جعيتا/الدولة.نقلاً عن أنطوان الناشف، (الخصخصة والتخصيص) مفهوم جديد لفكرة الدولة ودورها في إدارة المرافق العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٠، ص٤٠١.

هذا العقد [1]، وفي قرار رابع أعتبرَ المجلس إنَّ عقود ألامتياز الممنوحة لأجل استثمار المرافق العامة لمدة محدودة تعتبر عقود إدارية هي كصيغة عقد البوت [2].

وفي دراسة تحليلية حول مدى الاختلاف بين عقد البوت وعقد الامتياز قد أوضحت الجوانب التالية [3] :

أ. المناخ التشريعي:

إنَّ عقود البوت أوجدها القانون الأنكلوسكسوني الذي لا يعترف بوجود عقود إدارية مميزة عن العقود العادية، أي إنَّ المناخ التشريعي الذي أوجد عقود البوت، لا يمكنهُ من وصف عقد البوت بعقد إداري حيث ارتبطت عقود البوت ببيئة تشريعية محددة وبمناخ تشريعي محدد، إطاره القانون الأنكلوسكسوني الذي لا يعطي للإدارة حقوقاً خارقة على معاقدها وبالتالي لا يمكنْ وصف عقد البوت بعقد امتياز.

ب. حرية الإدارة في اختيار معاقدها:

إنَّ عقد الامتياز قائم على الاعتبار الشخصي، أي أن الإدارة تختار صاحب الإمتياز لإعتبارات تتعلق بشخصه، ولهذا فإنَّ إجراء عقد الامتياز لا يخضع لإصول ملزمة بل يبقى خاضعاً لمبدأ حرية الدولة في اختيار صاحب ألامتياز وهذا ما جاء به قراري مجلس شورى الدولة اللبناني ٦٣٨، ٢٠٠١/٦٣٩بينما لم يعط القانون رقم ٩٣/٢١٨ الذي أقرَ البوت في الهاتف الخليوي الإدارة المتعاقدة أي حق بالخيار، بل أجاز لها فقط استدراج عروض، واستدراج العروض يكون حسب قانون المحاسبة العمومية (المادة١٤٦ منه) تستبعدْ الاعتبار الشخصي.

ج. امتياز السلطة العامة:

إنَّ صاحب ألامتياز يتمتع بامتيازات السلطة العامة، حيث يُمنح صاحب الامتياز المتعاقد مع الإدارة امتيازات السلطة العامة حيال الغير تُمكنه من تنفيذ واستمرارية سير المرفق العام الموكل إليه وبالمقارنة مع القانون ٩٣/٢١٨ فإن الإدارة لم تمنحْ أية امتيازات سلطة عامة، وبذلك يخرج عقد البوت من عداد العقود الإدارية.

---

(1) شورى لبناني رقم ٤٤٧ تاريخ ٢٠٠٣/٤/١٥ م ق أ، ٢٠٠٧، عدد١٩، م٢, ص٨١٩.وبذات الوصف (القرار الاستشاري رقم ٩٨/٢٨٢٤ الصادر عن هيئة التشريع و الاستشارات في وزارة العدل بتاريخ ١٩٩٨/٦/٢٢) ذكره أنطوان الناشف، المصدر السابق، ص٤٣٩.

(2) شورى لبناني قرار رقم ٢٠ تاريخ ٢٠٠٥/١٠/٦، م ق أ، ٢٠١١، م١، ص٣٢.

(3) رئيف خوري، عقود البي أو تي وعقود الخصخصة، منشورات صادر الحقوقية، ٢٠٠٢، ص٣٨.

د. عدم توفر معايير عقود الامتياز الإدارية لاستثمار مرفق عام في عقود البوت:

بما إنَّه لا يمنح المتعاقد مع الإدارة بعض امتيازات السلطة العامة ومنها أعطاء ومنح صاحب الامتياز بعض امتيازات السلطة العامة . ضروري لوصف نشاط بأنه يدخل في فئة المرافق العامة وبما أن عقد البوت الخليوي لا يتضمن هذه العناصر لذلك فهو خارج نطاق العقود الإدارية لأنها بطبيعتها . أي عقود الامتياز. هي عقود إدارية، لذلك لا يمكن اعتبار عقد البوت عقد امتياز ولا عقد إداري.

هـ. اختلاف جوهر مفاهيم، التوازن المالي، و السلفات والضمانات، و التعرفة المطبقة في عقود الامتياز، وجوهرها في عقود البوت:

في عقد الامتياز يمكن للإدارة أن تزيد في أي وقت ترتأيه مناسباً أعباء أضافية على صاحب الامتياز وتلزمه تنفيذها، وتلزمه بموجبات جديدة لم تكن متوقعة عند التوقيع على العقد، بينما في عقود البوت ونتيجة استدراج العروض، تكون الموجبات محددة سلفاً ومعروفة ومبنية على أمور وموجبات محددة وثابتة غير قابلة للتغيير، كذلك يحق لصاحب الامتياز في عقود الإمتياز في حال قامت الإدارة بزيادة موجباتها أنْ يطالبها بالتوازن المالي والتعويض عليه، بينما لا يمكن في عقود البوت المطالبة بالتوازن المالي، لأنَّ ليس للإدارة أنْ تزيد الأعباء والموجبات لأنها محددة وثابتة.

يتضح مما تقدم إنَّه يجب على المشرّع اللبناني أنْ يعطى وصفاً دقيقاً للعملية التعاقدية التي تجريها الإدارة في عقود البوت وذلك حتى يمكن بيان القانون الواجب التطبيق عليها بكل وضوح، الأمر الذي أنعكسَ على القضاء المختص فتارة يعطيه وصفاً مباشراً، وتارة أُخرى يعطيه وصفاً عاماً مما جعلَ الفقه والاجتهاد في اختلاف بين توجهاتهم.

أما في مصر فإن عقد البوت ليس عقدا حديثاً، حيث تم تطبيقه عندما عهدت إلى الشركة العالمية لقناة السويس مؤسسها دليسبس امتياز حفر القناة التي أُفتتحت رسمياً في نوفمبر ١٨٦٩ م، وأعتبره الفقه المصري عقد أمتياز [1]، وأن مبدأ دخول القطاع الخاص في هكذا مشاريع تم تأييده من قبل القضاء المصري، فقد أيدت المحكمة الدستورية العليا هذه المشاريع بأنه لا يوجد مخالفة للدستور بل أن ألاستثمار ألأفضل والأجدر بالحماية ويرتبط دوماً بالدائرة التي

---

[1] (يعتبر عقد البوت هو عقد امتياز متطور). د. ماجد راغب الحلو، المصدر السابق، ص١٩٦.وقد يُعتبر (عقد البوت بمثابة تطور حديث لعقد ألامتياز). د. جيهان حسن سيد أحمد، المصدر السابق، ص٣٨.

يعمل فيها، وعلى تقدير إن القطاعين العام والخاص شريكان متكاملان، فإنهما لا يتزاحمان ولا يتعارضان أو يتفرقان، بل يتولى كل منهما مهاماً يكون مؤهلاً لها وأقدر عليها، مؤكدة على فكرة تمويل القطاع الخاص لهذه المشروعات والنهوض بأعباء إنشائها وإدارتها ونقل ملكيتها بعد ذلك[1].

٣. النظام القانوني لعقود البوت:

تتسمْ عملية إبرام عقود البوت بخاصية ألآليات التقنية التي تميزها عن باقي العقود الإدارية، فيلاحظ إنَّ عقود البوت تُبرم عن طريق أللجوء إلى أسلوب المنافسة المحدودة (كما هو الحال في فرنسا بالنسبة لكل عقود التفويض)، فالإدارة تعلن عن العملية التعاقدية، وتبين في الإعلان ماهية المرفق موضوع العقد، وأبعاده التقنية و ألاقتصادية والقانونية، وتتلقى عروضاً أولية تحتوي على سوابق خبرة في تشييد وإدارة مرافق مشابهة أو قريبة من المرفق موضوع العقد، وتخضع هذه العروض الأولية لفحص الإدارة، إذ يجب عليها أنْ تعدْ القائمة (المختصرة) التي تتضمن أسماء المستثمرين القادرين فعلاً على المنافسة، وتقوم بإخطار كل منهم بقبولهم في المنافسة على العقد [2].

إنَّ المشرِّع اللبناني قد أوضح في القانون ٩٣/٢١٨ إنَّ استعمال عقد البوت تتم من خلال (استدراج عروض عالمي) وبالتالي أخضع لعملية استدراج العروض وما يترتب عليها من إجراءات في قانون المحاسبة العمومية.كذلك الحال بالنسبة للمشرع المصري فقد اعتبرَ عقد البوت عقداً إدارياً، تطبق عليه قواعد إبرام العقود الإدارية أي قواعد المناقصات المزايدات، وإن أفضل أسلوب هو أسلوب المناقصة المحصورة لأستحصال العروض الملائمة[3].

مما تقدم إنَّ ألتشريعات تباينت في نظرَتها إلى طريقة تطبيق نظام البوت من حيث اعتماد ألأسلوب العام (اعتباره عقداً إدارياً) في تعاقدات الإدارة مع الغير، مع الأخذ بنظر الاعتبار الخصوصية التي يتمتع بها عقد البوت، والغرض الذي تسعى له الإدارة من هذه العقود،

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا/جلسة ١/٢/ ١٩٩٧ نقلاً عن د. محمد عبد المجيد اسماعيل، المصدر السابق، ص٥٤.

(٢) د. علي عبد الأمير قبلان، المصدر السابق، ص٣٦٧.

(٣) د. جيهان حسن سيد أحمد، المصدر السابق، ص٤٧، وينظر د. ألياس ناصيف، عقد البوت، سلسلة أبحاث قانونية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، ٢٠٠٦، ص١٧٥.

كون أسلوب التعاقدات أسلوب يخضع للكثير من ألإجراءات والأجهزة التي تراقب اعتماده، الأمر الذي يتطلب أنْ تكون القوانين الصادرة واضحة ودقيقة في الوصف مع ضرورة أنْ تكون لها صفة التطور مع الحركة الاقتصادية العالمية (العولمة) والتي تُعتبر الإدارة الحكومية جزءاً منها لا يمكنها الانفصال عنها.لذلك بدأت الدول خاصة الدول النامية في التوجه إلى أسلوب عقدB.O.T كونه عقد حديث تبرمه الإدارة و ذو خصائص خاصة، من خلال إنشاء المشاريع العامة من دون زيادة الأعباء على الموازنة العامة للدولة كون القطاع الخاص هو الذي يقوم بإنشائه وإدارته وكافة المصاريف الخاصة دون تحميل موازنة الدولة أيةِ مبالغ إضافية وإدخال استثمارات جديدة والتي تؤدي إلى تطوير القطاع العام من خلال مواكبة التطور العلمي للمجتمع ونقل التكنولوجيا، ومن جانب آخر يؤدي إلى القضاء على البطالة خاصة في المشاريع التي تحتاج إلى أيدي عاملة كبيرة.

ومن أهم عوامل نجاح مشروعات B.O.T هو أنْ تقوم الحكومة بأعداد مناقصة عالية الجودة، وأنْ تعمل بكامل طاقتها لضمان أقصى قدر ممكن من النزاهة والشفافية في أجراء تقييم العطاءات المختلفة المتقدمة للمناقصة واختيار العطاء الأفضل، إنَّ اكتساب ثقة الشركات الخاصة المتمرسة والتي لا يحكمها غالباً سوى دافع الربح، لن يأتي إلا من خلال مناقصة عامة مفتوحة سليمة وإجراءات اختيار عطاء تتسم بالنزاهة والشفافية وإبعادها عن المصالح الخاصة[١].

ثانياً: عقد الخصخصة (Privatisation)

١. مفهوم عقد الخصخصة

أدى أدراكُ دول العالم الثالث في عجزها عن تلبية الحاجات العامة المتزايدة وعن استيعابها المستجدات الدولية، ناهيك عن عجزها في تجاوز ضغوط دينها العام، إلى أن تعيدْ النظر بدورها ألتدخلي في ظل نظرية تحديث المرافق العامة وقبول الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، حيث إنَّ هذه الشراكة تعدت إطار (المؤازرة) لمهمات الدولة في بعض الميادين فقد وصلت إلى أحلال المشروع الخاص محل المشروع العام بعد أنْ أثبت القطاع

---

[١] د. سمير محمد عبد العزيز وآخرون، نظام البناء . التشغيل . نقل الملكية B.O.T لتمويل وإدارة وتحديث مشروعات البنية الأساسية، مطبعة الإشعاع الفنية، مصر، ط١، ٢٠٠٣، ص٣٣

الخاص في عدة دول مدى فعاليته في إدارة عدة مرافق عامة في قطاعات المياه والكهرباء والغاز والاتصالات والمواصلات والسياحة وغيرها [١].

فمفهوم الخصخصة (Privatisation) أي التحويل نحو القطاع الخاص هو (بيع المشروعات التي تملكها الدولة للقطاع الخاص أي تصفية القطاع العام ونقل وحداته_ ملكية وإدارة _ إلى أيدي القطاع الخاص) [٢].

هنالك من يرى إنَّ خصخصة مرافق قائمة تكون بالفعل إما بنقل ملكية أصولها للقطاع الخاص مباشرة عن طريق بيع أسهم وحصص القطاع العام إلى القطاع الخاص، أو عن طريق زيادة رأسمال شركة القطاع العام والسماح بالاكتتاب في هذه الزيادة للقطاع الخاص بصورة تكون غالبية رأس المال فيه للقطاع الخاص [٣].

والخصخصة هي (مجموعة من السياسات المتكاملة التي ترمي إلى ألاعتماد الأكبر على آليات السوق وإفساح المجال أمام القطاع الخاص يؤدي دوره الطبيعي في أطار من المنافسة من أجل تحقيق الكفاءة) [٤].

٢. مميزات الخصخصة

أ. نقل ملكية المشروعات العامة:

إنَّ الخصخصة تعني نقل ملكية المشروعات العامة إلى القطاع الخاص، وذلك في حالتين[٥]:

الحالة الأولى:أنْ تفقد الأشخاص العامة، وفي مقدمتها الدولة، أو أي أشخاص تابعة للقطاع العام، أغلبية رأس مال إحدى الشركات، ومن تطبيقات هذه الحالة ما تضمنه قانون الخصخصة

---

(١) د. سامي سلهب، الخصخصة في لبنان بين القانون والواقع، مجلة الدراسات القانونية، جامعة بيروت العربية، كلية الحقوق، العدد٩، ٢٠٠٢، ص١١.

(٢) د. محمد فتوح محمد عثمان، الخصخصة في الدولة التحررية (أللبيرالية) وأثرها في مفهوم القانون العام، مجلة العلوم الإدارية، المعهد الدولي للعلوم الإدارية، عد١، ١٩٩٥، ص١١.

(٣) د. حازم بيومي المصري، التوازن في العقد الإداري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠، ص٤٠.

(٤) د. وليد حيدر جابر، طرق إدارة المرافق العامة المؤسسة العامة والخصخصة، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت، ط١، ٢٠٠٩، ص١٠٤.

(٥) د. محمد محمد عبد اللطيف، التطورات المعاصرة للمرافق العامة الاقتصادية، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ١٩٩٩، ص١٢.

الفرنسي الصادر في ٦/أغسطس/١٩٨٦ من أمكانية زيادة رأس مال المشروع العام، مع تخلي الدولة عن الاكتتاب في هذه الزيادة وترك الاكتتاب للأفراد، وهو أمر يؤدي إلى أن تفقد الدولة أغلبية رأس مال المشروع.

الحالة الثانية: التنازل إلى القطاع الخاص من مجموع الأصول التي يمكن أنْ تكونَ حلا لاستقلال مستقل، ومن تطبيقات هذه الحالة بيع أصول المشروع بالاتفاق المباشر.

ب. الخصخصة هي عملية تعاقدية بين الدولة والقطاع الخاص:

إنَّ نقل المشروع من القطاع العام إلى القطاع الخاص لا يتمْ إلا بالاتفاق، فالخصخصة هي عملية تعاقدية تبدأ بالإيجاب من جانب الدولة، وبالتالي فهي تختلف عن التأميم الذي يتضمن نقلاً جبرياً للمشروع من الملكية الخاصة إلى الملكية العامة وليس له صفة تعاقدية.

٣-موقف الدستور من فكرة الخصخصة

أ. موقف الدستور اللبناني

في لبنان صدر قانون الخصخصة رقم ٢٢٨ في ٢٠٠٠/٥/٣١ [(١)]، والذي تمَ الطعن به أمام المجلس الدستوري كونه يخالف المواد (٨٩، ١٥) من الدستور ولكن المجلس رد الطعن حيث جاء في قراره (...وفقاً لنص المادة (٨٩) والمادة (١٥) من الدستور حق الملكية هو من الحقوق الأساسية التي يحميها الدستور في الحدود التي لا تتعارض مع المصلحة العامة، ومن ناحية أخرى المادة (٨٩) لا تمنعْ تحويل مشروع عام إلى مشروع خاص عن طريق الخصخصة، وبما إنَّ قبول الخصخصة يتوقف على طبيعة النشاطات العامة المراد خصخصتها، فإنَّ القانون المطعون فيه يضع نظاماً قانونياً عاماً للخصخصة ويحيطه بضمانات أساسية وفقاً للدستور والمبادئ العامة، إنَّ المرافق العامة ألاقتصادية ليست مرافق عامة أو نشاطات عامة بطبيعتها ولكنْ بالوظيفة التي تُناط بها وبالغاية التي تستهدفها) [(٢)]، وبذلك فالمجلس الدستوري قد أعطى أجازة العمل بقانون الخصخصة.

وبذلك نجحَ المجلس الدستوري بتفسير المادة (٨٩) من الدستور تفسيراً مرناً، يتوافق مع مصلحة البلاد ونظامها الاقتصادي الحر، فقد تخطى جمود نص المادة (٨٩) وعقبة مفردات (التزامْ وامتيازْ واحتكارْ) واختزالها لطرق إدارة المرافق العامة، وكذلك تخطى العقبة الثانية وهي المحددة في المادة (٨٩) والتي تنص على موجب إصدار (قانون أو زمن محدد) وربطَ بذكاءْ

[(١)] نشر القانون في الجريدة الرسمية العدد ٢٤ تاريخ ٢٠٠٠/٦/٢.ص١٧٥١.

[(٢)] قرار المجلس الدستوري رقم ٢٠٠٠/٤، نشر في الجريدة الرسمية عدد٢٨ تاريخ ٢٠٠٠/٦/٢٩.

ونجاحُ الملكية ما بين المادة (٨٩) والمادة (١٥) من الدستور، معتبراً إنه وقياساً على أمكانية انتزاع الملكية الفردية لمصلحة المنفعة العامة عن طريق الإستملاك أو التأميم وتحويل الملكية الخاصة إلى ملكية جماعية، فإنه ليس ما يمنع قياساً على ذلك وبالمقابل، تحويل الملكية الجماعية إلى ملكية خاصة، وبالتالي تحويل المشروع العام إلى مشروع خاص عندما تقتضي المصلحة العامة ذلك مقابل تعويض عادل (مفهوم مرن للمنفعة العامة) [١].

ب. موقف الدستور المصري

إنَّ موقف المحكمة الدستورية المصرية من الطعن المقدم بالقانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ (المادة ٢٠) منه (قانون شركات قطاع الأعمال العام)، والتي أجازت تداول أسهم وحدات هذا القطاع وهذا يعني نقل ملكيتها إلى القطاع الخاص، كان إيجابياً، فالمحكمة الدستورية قد رَدت الطعن وفقا للمادة ٣٠ من الدستور حيث جاء في قرارها (......إنَّ ألاستثمار ألأفضل والأجدر بالحماية يرتبط دوماً بالدائرة التي يعمل فيها، وعلى تقدير أن ألاستثمارين العام والخاص شريكان متكاملان فلا يتزاحمان أو يتعارضان أو يتفرقان بل يتولى كل منهما مهاماً يكون مؤهلاً لها وأقدر عليها، وأنَّ ما تنص عليه المادة ٢٩ من الدستور من أشكال للملكية تتقدمها الملكية العامة وتقوم بجوارها الملكية التعاونية والخاصة ليس إلا توزيعاً للأدوار فيما بينها لا يحول دون تساندها وخضوعها جميعاً إلى رقابة الشعب، وبذلك فقد ردتْ المحكمة الطعن المقدم لها) [٢]. وبذلك فإنَّ عملية الخصخصة إذا كانت جائزة دستورياً، فإنها مقيدة دستورياً، أي إنها لا تخالف الدستور ما دامت لا تؤدي إلى الإخلال بالمبادئ الاقتصادية في الدستور أي لا تؤدي إلى تخلف القطاع العام وعجزه عن تحمل المسؤولية الرئيسية في خطة التنمية[٣].

---

[١] رئيف خوري، المصدر السابق، ص٢٨٨.وأن سبب التناقض بين الماد (٨٩) والخصخصة يعود إلى (أن نص المادة (٨٩) كان وليد ظروف اقتصادية وسياسية متولدة في أواخر القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين عندما كان سائداً مفهوم الدولة الحارس التي يقتصر مفهومها على تقديم الخدمات للمواطنين ودون التدخل في ألاقتصاد إلا في الحد الأدنى، حيث كان نظام ألامتياز قائماً على تلزيم المرافق العامة ملائماً للطبيعة أللبيرالية للدولة ولم تكن مسألة الخصخصة مطروحة، حيث أن مسألة الخصخصة ظهرت كمعطى اقتصادي في نهاية الثمانينيات مع التغيير الحاصل في دور الدولة وتحويلها إلى دولة تنمية شاملة) انظر: وائل زين، الجوانب الدستورية لخصخصة المرافق العامة، مجلة الحياة النيابية، مجلد٧٢، ٢٠٠٩، ص١٠٨.

[٢] حكم المحكمة الدستورية في ١٩٩٧/٢/١ في القضية رقم ٧ لسنة ١٦ القضائية، هلال يوسف إبراهيم، الموسوعة الكاملة في أحكام المحكمة الدستورية العليا، دار المطبوعات الجامعية،الإسكندرية، ج٢، ٢٠٠٧، ص٩٩٩.

[٣] د. جيهان حسن سيد أحمد، المصدر السابق، ص٣٧.

ج. موقف الدستور العراقي

جاءت الخصخصة في العراق من خلال توجه عام نحو الحد من دور القطاع العام ألاشتراكي وتحرير ألاقتصاد، وقد سار هذا التوجه على محورين:

المحور الأول: رفع قيود كثيرة أمام القطاع الخاص، والسماح له وتشجيعه على مزاولة العديد من ألأنشطة ألاقتصادية التي لم يكن مسموحاً له.

المحور الثاني: تحويل ملكية عدد من ألمؤسسات العامة إلى القطاع الخاص وبذلك صدرَ قانون ألاستثمارات العربية رقم ٤٦ لسنة ١٩٨٨ الذي منحَ الاستثمارات العربية امتيازات عديدة وكذلك صدور القانون التجاري رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٩ الذي هدفَ إلى تشجيع القطاع الخاص في زيادة مساهمته في النشاط التجاري، كذلك فقد تمَ تحويل المؤسسات العامة التي تمارس نشاطاً اقتصادياً إلى شركات ذات شخصية معنوية مستقلة تعمل على أسس تجارية، وقد أعتمدَ العراق أسلوب المشاركة مع القطاع الخاص أو البيع بالكامل للقطاع الخاص [١].

الأمر الذي يستدعي من المشرّع العراقي الاهتمام بإعطاء دور كبير للقطاع الخاص و تشجيعه على المساهمة في تسيير المرافق العامة، في ظل الحركة الاقتصادية العالمية وانفتاح القطاع الخاص على العالم (خاصة بعد ٢٠٠٣) بإصدار القوانين التي من خلالها يساهم هذا القطاع مع القطاع العام في تحقيق المنفعة العامة وهذا ما نص عليه الدستور العراقي في المادة (٢٥) منه.

٤- الطبيعة القانونية لعقد الخصخصة

الخصخصة عقدٌ مدني موصوف لا علاقة له بالعقود الإدارية ولا يتشابه معها، ومع توقيعه ينتهي دور الشخص العام الذي كان يعود له المرفق العام، وينتهي دوره بالتوجيه والمراقبة وإصدار التعليمات وإعطاء الأوامر، وبفرض العقوبات، وبالتدخل في شؤونه الإدارية وحتى المالية، وتسقط صفة المرفق العام عن المشروع المخصخص ولمالكيه حرية التعاقد حسب مشيئتهم مع عمالهم وموظفيهم، وتعتبر نزاعاتهم مع معاقديهم أو مع المستفيدين أو المأجورين أو ألأشخاص الثالثين من اختصاص القضاء العدلي [٢].

---

[١] د. رفعت عبد العليم الفاعوري، تجارب عربية في الخصخصة، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص٨٧ .

[٢] رئيف خوري، المصدر السابق، ص٢٣٥

٥-أهداف الخصخصة:

إنَّ أهداف الخصخصة تختلف بين بلد وآخر باختلاف إستراتيجية الخصخصة والأساليب المطبقة فيها وحالة التنمية ألاقتصادية والاجتماعية وعلى الرغم من أن أهداف الخصخصة في لدول النامية، غالباً ما تنصب على تقليص النفقات المتنامية للقطاع العام، بينما في الدول المتقدمة تستهدف من الخصخصة وبصورة أساسية زيادة كفاءاتها في الأنشطة ألاقتصادية [١].

فالخصخصة ليست هدفاً بحد ذاتها بقدر ما هي وسيلة لتملكُ القطاع الخاص للمشروعات المملوكة من قبل الدولة، بغية رفع كفاءة ألأداء وجودة ألإنتاج بأقل كلفة ممكنة وبذلك يكون من أبرز أهدافها [٢] :

أ. محاولة خفض الطلب على الموازنة العامة وعدم إرهاقها بتمويل المشاريع الخاسرة، مما يشكل منعا للنزف و الهدر.

ب. التخلص من الأعباء الإدارية وما تسببه من مصاريف الموازنة.

ج. رفع كفاءة ألاقتصاد الوطني وزيادة فعالية ألإنتاج عبر ألانسحاب من النشاطات ألاقتصادية غير مضمونة النتائج مقارنة مع ما يمكن أن يقدم لها من أعباء، وبخاصة مجالات الصناعة والزراعة والقطاعات الخدمية.

د. إعادة تعريف الدولة لوظائفها السياسية.

فالخصخصة تستوجب أجراء دراسة جدوى لكل مرفق يراد التفرغ منه، ودراسة الجدوى هي التي تقرر ما إذا كانت خصخصة مرفق معين ستعود على الدولة بالفائدة، وما إذا كانت هذه الخطوة ذات مردود إيجابي على الدولة، وبالتالي ينبغي الإقدام عليها [٣].

ثالثاً: عقود المشاركة ppp: (قطاع عام – قطاع خاص)(Public-Private-partnership)

١. مفهوم عقود الشراكة (p.p.p)

عقد الشراكة بين الدولة والقطاع الخاص يعرف بأنه (عقد يعهد بمقتضاه أحد أشخاص القانون العام إلى أحد أشخاص القانون الخاص القيام بمهمة تتعلق بتمويل مشروع من مشروعات

---

[١] د. سامي سلهب، المصدر السابق، ص٢٢.

[٢] د. خليل حسين، أهداف الخصخصة وشروط نجاحها القانونية و الاقتصادية، مجلة الحياة اللبنانية، مجلد ٦٥، ٢٠٠٧.

[٣] كلمة السيد (سليم الحص) (ضمن الحلقة النقاشية التي أقامتها المنظمة العربية لمكافحة الفساد)، الخصخصة وتحديات التنمية المستدامة في الأقطار العربية، المنظمة العربية لمكافحة الفساد، مركز دراسات الوحدة العربية، ط١، ٢٠١٠، ص١٤.

المرفق العام وإدارتها واستغلالها، وتشغيلها، طوال مدة العقد، مقابل جُعل مادي تدفعه إليه جهة الإدارة بشكل متتالي طوال مدة العقد) [١].

كذلك يعرَّف (بأنه عقد إداريٍ يعهد بموجبه شخص عام إلى شخص خاص بمهمة عامة تتعلق بتمويل، وبتشييد، أو بتزويد المرفق العام بالمعدات الضرورية للمحافظة عليه واستغلاله لقاء عمولة خاصة تدفع له طيلة مدة العقد) [٢].

فعقد الشراكة (ppp) يؤكد على أوجه التفاعل والتعاون بين القطاعين العام والخاص المتعلقة بتوظيف إمكانيتها البشرية والمالية والإدارية والتنظيمية والتكنولوجية على أساس من المشاركة، والالتزام بالأهداف، حرية ألاختيار، المسؤولية المشتركة والمساءلة من أجل تحقيق الأهداف ألاقتصادية والاجتماعية التي تهم العدد الأكبر من أفراد المجتمع والتأثير بعيد المدى على تطلعاتها حتى يتمكن المجتمع من مواكبة التطورات المعاصرة بطريقة فاعلة وتحقيق وضع تنافسي أفضل، فهو مفهوم حديث، متعدد الأوجه، ذو أهمية متزايدة، وهو مرتبط بأبعاد عديدة يبرز أهمها البعد الإداري والتنظيمي والتعاوني وألاقتصادي، لذلك فهو يدخل ضمن الشراكات التعاونية بينما تأخذ الشراكات التعاقدية أشكالاً عديدة مثل التأجير، الإدارة، الخدمة البيع الكلي أو الجزئي، الشريك الإستراتيجي و ألامتياز [٣].

٢. نشأة نظام عقود الشراكة (ppp):

نشأ هذا النظام بداية في المملكة المتحدة حيث بدأ في مطلع التسعينات مشاركة القطاع الخاص في المشروعات العامة بإنشائها واستغلالها (إدارتها)، وصيانتها، لقاء جُعل مادي يحصلُ عليه من جهة الإدارة بصورة مبالغ متتالية تحصل بصورة دورية، حيث يسمحُ هذا النظام للدولة

---

(١) د. محمد عبد المجيد إسماعيل، القانون العام الاقتصادي والعقد الإداري الدولي الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠، ص١٧٦.

(٢) د. فوزت فرحات ، القانون الإداري العام، ج١-ط٢، ٢٠١٢، ص٢٤٣.

(٣) الموقع الإلكتروني (http://www.uabonline.org/magazine/magazine-

(علماً أن الشركات التعاونية تدور عادة حول إدارة وتنظيم الشراكة على أساس تشاركي بين القطاع العام والخاص،حيث تتصف الشراكة فيها بعلاقات أفقية بين أطراف الشراكة حيث يتم اتخاذ القرار بالإجماع ويشترك جميع الشركاء بأداء المهام والواجبات ولا يوجد أشراف منفرد لأي طرف بموجب القواعد التي تفرضها. في حين أن الشراكات التعاقدية كونها شراكات عمودية مع وجود جهة مرجعية واحدة تمارس الرقابة والسيطرة على النشاط. للإطلاع أكثر تفصيلاً أنظر الموقع الإلكتروني www. Wsntg. /publications/procederres/does

باللجوء إلى التمويل الخاص في ألإنشاء و ألاستغلال مع ألاستفادة من كفاءته الفنية العالية والإدارية في تشغيل المرفق، وفي عام ١٩٩٦ أُنشأت مؤسسة (Public Private Parnerships Programmer) لتقديم العون الفني للإدارات المحلية للمشروعات والمرافق التي تتم بنظام الشراكة بين القطاعين الحكومي والخاص.وإنَّ هذا العقد وإنْ نشأ في النظام الإنكليزي الذي لا يعرف نظام القانون الإداري يقوم بتصنيف هذا العقد على إنه عقد من عقود الدولة، حيث إنَّ الدولة تظل تباشر دورها الرقابي لاعتبارات المصلحة العامة وتظل الغلبة للقانون العام[١].

أما في فرنسا فقد نشأ نظام عقود (ppp) بموجب القانون الصادر في ١٤ حزيران ٢٠٠٤، حيث اعتبَرهُ مجلس الدولة الفرنسي صفقة عامة، أما المجلس الدستوري الفرنسي فقد اكتفى بوصفها بالعقد الفرعي ولا يمكن أللجوء أليها إلا في المشاريع الكبيرة والمعقدة[٢].

كذلك إنَّ من أبرز المشاكل في عدم نجاح مشاريع الشراكة التي نفذتها الحكومات اللبنانية المتعاقبة هي افتقار الدولة إلى الخبرات اللازمة للتفاوض على تقاسم مخاطر المشاريع مع القطاع الخاص، ولإجراء المناقصات على أسس تحديد المخرجات بدلاً من المدخلات، ولتأمين الشفافية في عمليات التلزيم، وهي كلّها عناصر أساسية لنجاح المشاريع المشتركة[٣].

---

(١) د. محمد عبد المجيد إسماعيل، القانون العام الاقتصادي والعقد الإداري الدولي الجديد، المصدر السابق، ص١٧٧.

(٢) د. فوزت فرحات، المصدر السابق، ص٢٢٤.علماً إنه نشأ بموجب الأمر رقم (٥٥٩-٢٠٠٤) أهم المؤسسات الفرنسية في هذا المجال تسمى لجنة المساعدة على تفعيل أو تطبيق عقود الشراكة وهي من الهيئات التابعة إلى وزارة ألاقتصاد والمالية مكلفة بتقديم الخبرة في مجال عقود الشراكة مثل تقديم المعونة للأشخاص المعنوية العامة في المراحل التمهيدية والمفاوضة والمتابعة في تنفيذ هذه العقود كما تقدم المعونة في مجال إعداد العقود وكراسات الشروط وفي مجال التفاوض...للإطلاع أكثر تفصيلا أنظر د. محمد عبد المجيد إسماعيل ، المصدر السابق، ص١٨٩.

(٣) ورد ذلك في كلمة (زياد حايك) الأمين العام للمجلس الأعلى للخصخصة في المنتدى الذي عقد في السراي الحكومي في لبنان بعنوان (مشاريع الشراكة بين القطاعين العام والخاص :وضع السوق و ألاحتياجات بعد الربيع العربي) وقد ورد في حديثه أن الحكومة بصدد أعداد قانون حول الشراكة بين القطاعين العام والخاص وأن يتم إرساله إلى المجلس النيابي لغرض أقراره أنظر الموقع ألالكتروني (http://www.almustgbal.com) في ١٥ حزيران ٢٠١٣.

أما في مصر فقد أُنشأت بوزارة المالية وحدة تسمى (Unite PPP Control) (الوحدة المركزية للشراكة مع القطاع الخاص)، وهي المسئولة عن شراكة القطاع العام والخاص والتي بدأ نشاطها عام ٢٠٠٦ وتتولى هذه الوحدة أعمال الخبرة والمشورة في مجالات الإعداد والتفاوض ومتابعة التنفيذ في نطاق عقود الشراكة، ولغرض تفعيل هذا الأمر فإنه يحتاج إلى تدخل تشريعي من المشرِّع المصري بأن يضع ألإطار ألحاكم (إجرائياً بدأً من اختيار المتعاقد وكذلك ألأحكام الموضوعية) لتعاقدات الدولة في مجال عقود الشراكة (ppp)، وبالتالي وجود لائحة تنفيذية تفصّل هذه التعاقدات في القطاعات المختلفة للدولة [١].

٣. النظام التعاقدي لعقود الشراكة (ppp)

إنَّ عقد الشراكة (ppp) شأنه شأن سائرَ العقود الإدارية يتولد عنها التزامات متبادلة على عاتق الطرفين المتعاقدين (الدولة، المستثمر)، فالمستثمر يلتزم كغيره من المتعاقدين مع جهة الإدارة بالتنفيذ على مسؤوليته الخاصة ووفقاً للشروط المُحددة بالوثيقة التعاقدية، وأن يُنفذ العقد بحسن نية وفقاً للأصول الفنية المتعارف عليها، وألا يتنازل عن العقد إلا بموافقة جهة الإدارة، وتضمن الدولة للمتعاقد (المستثمر) ألالتزام بنصوص العقد وأداء المقابل المادي الدوري، ففي فرنسا تَعتبر الدولة هذا العقد (ppp) من العقود الإدارية، وبالتالي فهو يخضع للقواعد العامة في نظرية العقد الإداري (الرقابة– التعديل –الجزاءات– الفسخ) وذلك إعمالاً للمصلحة العامة[٢].

٤. مبررات الشراكة بين القطاع العام والخاص

مما تقدم نرى إنَّ مبررا ت الشراكة بين القطاعين تتمثل في الأمور التالية:

أ. تغيير نشاط الحكومة من التشغيل للبنية الأساسية والخدمات العامة إلى وضع السياسات لقطاع البنية الأساسية وأولويات المشاريع ومراقبة مقدمي الخدمات.

ب. إدخال الإدارة والكفاءات التي لدى القطاع الخاص وإشراكه في تحمل المخاطر.

---

[١] حيث ترى هذه الوحدة أن عقد الشراكة مع القطاع الخاص (هو علاقة طويلة الأجل بين الجهات الإدارية بالدولة والقطاع الخاص بتقديم خدمات أو تنفيذ مشروعات كانت أجهزة الدولة منوطة بتنفيذها وذلك دون ألإخلال بدور الحكومة في النهوض بالخدمات والمشروعات والإشراف عليها ولكن فقط من خلال نظام جديد للتعاقد، الموقع ألالكتروني، المصدر السابق.

[٢] د. محمد عبد المجيد إسماعيل، المصدر السابق، ص١٨٠.

ج. تنفيذ المشاريع ألاستثمارية في الوقت المحدد وبالميزانية المحددة.

د. خلق فرص عمل وخفض معدل البطالة.

٥. التمييز بين عقود الشراكة (ppp) وعقود البوت

أ. **التشابه**: أن كلا العقدين يعتبران من العقود التي تستهدف إلى تمويل مشاريع البنية التحتية، فكلاهما يخضعان لمبدأ العلانية وحرية المنافسة في اختيار المتعاقد، كذلك كلاهما يخضعان إلى نفس الأسلوب لاختيار المتعاقد مع الإدارة (نظام المناقصة) [١].

ب. **الاختلاف**:تختلف عقود الشراكة عن عقود البوت في أن المقابل المالي في عقود الشراكة يدفع من قبل الإدارة بشكل ثمن مجزأ سنوي أو نصف سنوي في حين الدفع المالي في عقود البوت يتقاضاه من المنتفعين بخدمات المرفق طيلة فترة التشغيل، و العنصر المميز بينهما هو (تحمل المخاطر) ففي عقود الشراكة فإنَّ المتعاقد مع الإدارة يتقاسم المخاطر مع الإدارة بالإضافة إلى الأرباح و ألاستثمارات حيث تحدد قواعدها في نصوص العقد بينما في عقود البوت فإنَّ المتعاقد يتحمل كامل مخاطر المشروع (المالية والتشغيل والإدارة)، كذلك أن عقود الشراكة تعتبر من الشراكات التعاونية في حين عقود البوت من الشراكات التعاقدية[٢].

لذلك نرى ولكون نظام الشراكة (ppp) في تمويل وإدارة المشروعات العامة من العقود الإدارية، حيث أن القوانين التي تعمل به تطبق عليه القواعد العامة للعقود الإدارية كذلك يتطلب من الدولة تشجيع هذا النمط من عقود الشراكة لما يشكله من فائدة للدول من تخفيف العبء عن الموازنة العامة للدولة، وعدم الاقتراض الحكومي من المؤسسات المالية مما يثقل الميزانية العامة للدولة بالدين الخارجي، الأمر الذي يتطلب إصدار تشريعات حاكمة لعقود الشراكة (ppp) تنظم أحكامه، من المسائل ألإجرائية والتنفيذية كونها من العقود الحديثة، والتي تعتبر من أهم آثار العولمة الثقافية الحديثة التي يجب أنْ تطبق في مجتمعاتنا مع ألاحتفاظ بالدور ألأساسي للدولة كونها المراقب العام على نشاط المتعاقد معها حتى يبقى المستثمر الأجنبي على دراية كاملة أن الدولة هي صاحبة السلطان في مراقبة تنفيذ المشاريع ألأساسية.

---

[١] د. محمد عبد المجيد إسماعيل، المصدر السابق، ص١٨٣.

[٢] سميرة حصايم، عقود البوت إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية http://www.ummto.dz/1mg/pdf/MEMOIREI.pdf

المطلب الثاني: معايير العقد الإداري والعقود المنبثقة منه

الفقرة الأولى: معايير العقد الإداري

لقد كانَ المعيار المميز للعقد الإداري مثار جدلٌ فقهي واسع في ظل عدم وضع المشرّع تعريفاً محدداً للعقد الإداري، الأمر الذي حدا بالفقه إلى استخلاص عناصر هذا العقد توصلاً لتحديد مفهومه من أحكام القضاء الإداري، والتي تتسم بالمرونة والتطور تتفق مع طبيعة العقود الإدارية [1]. لذلك ظهر معيارين لتحديد العقد الإداري:

المعيار الأول: المعيار القانوني : في هذا التحديد يضفي المشرّع على بعض العقود بنص القانون صفة العقود الإدارية ومن ألأمثلة على العقود الإدارية بنص القانون هو عقد امتياز المرافق العامة، وعقد الأشغال العامة[2]. لذلك فقد أُطلق على هذه العقود (العقود الإدارية بتحديد القانون) لأنَّ صلاحية القضاء على هذه العقود لا تستند إلى خصائص ذاتية، وإنَّما ترجع إلى النص القانوني مثل العقود والصفقات وألالتزامات التي تقوم بأجرائها الإدارات العامة والدوائر الإدارية في المجلس النيابي[3].

المعيار الثاني: المعيار القضائي: إذا لم يضف المشرّع الصفة الإدارية على عقد ما، فإن القضاء الإداري يعود له تحديد صفة العقد فيما إذا كان العقد إدارياً أم لا ويسمى هذا المعيار بـ (المعيار القضائي) حيث يعود تحديد طبيعة العقد إلى اجتهاد القاضي الإداري، فيحدد طبيعة العقد اعتماداً على ضوابط معينة.

وفقاً لقضاء مجلس الدولة الفرنسي، تُعتبر العقود إدارية تلك التي (يبرمها شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام، وتظهر فيها نيته في ألأخذ بأحكام القانون العام بالسماح للمتعاقد مع الإدارة بالاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام)[4]. و قد تبنى ذات الموقف مجلس شورى

---

(١) د. عبد العزيز عبدالمنعم خليفة، المصدر السابق، ص٢١.

(٢) د. حمدي قبيلات، المصدر السابق، ص٩٨.

(٣) حيث جاء في م ٦١ من نظام مجلس شورى الدولة من القانون رقم ٧٥/١٠٤٣٤ (١-.....، ٢- في القضايا الإدارية المتعلقة بعقود أو صفقات أو التزامات أو امتيازات إدارية أجرتها ألإدارات العامة، أو الدوائر الإدارية في المجلس النيابي لتأمين سير المصالح العامة).

(٤) د. مليكة الصروخ، المصدر السابق، ص٤٨١.

الدولة اللبناني حيث جاء في أحد قراراته (عندما يتضمن العقد المبرم مع شخص معنوي عام لحاجات تسيير مرفق عام بنوداً غير مألوفة في القانون الخاص، يكون عقداً إدارياً) [1].

وذهبت بذات الاتجاه المحكمة الإدارية العليا في مصر فقضت (إنَّ العقد يُعتبر إدارياً إذا كان احد طرفيه شخصاً معنوياً وكان إبرامه بشأن نشاط متصل بمرفق عام، وتضمن شروطاً غير مألوفة في نطاق القانون الخاص) [2].

أما محكمة تمييز العراق فقد جاء في حكمها على تحديد معايير العقد الإداري (لما كان هذا العقد قد أبرمته الإدارة مع المقاول من أجل أنشاء مرفق عام ومتوسلة في ذلك بأسلوب القانون العام وشروط غير مألوفة في العقود المدنية، كإجراء مناقصة عامة واشتراط تأمينات وغرامات تأخيرية، فيكون عقداً إدارياً متميزاً عن العقود المدنية التي يحكمها القانون الخاص بسبب ما تستهدفه هذه العقود من تحقيق مصالح كبرى تعلو على مصالح الأفراد الخاصة) [3].

وفي ضوء ما تقدم نلاحظ إن الأحكام القضائية في (فرنسا، مصر، لبنان، العراق)، إن العقد لا يكون إدارياً إلا إذا أنطوى على ثلاثة عناصر تكميلية فيما بينها، بحيث لو سقط أي عنصر انحسرت عنه الصفة الإدارية وهي:

١. أن يكون أحد طرفي العقد شخصاً معنوياً.
٢. أن يكون محل العقد متصلاً بمرفق عام.
٣. أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية (غير مألوفة) في عقود القانون الخاص.

ونوضحها بالشكل التالي:

أولاً- أن يكون أحد طرفي العقد شخصاً معنوياً عاماً:لاحظنا من الأحكام القضائية المقارنة، إنه حتى يكون عقداً إدارياً، أن يكون أحد أطراف العقد على ألأقل هو الإدارة [4]، والمقصود بالإدارة هنا هو أي شخص من أشخاص القانون العام، فحسب (القانون الفرنسي والقانون المصري)، والتي تنقسم إلى:

---

[1] شورى لبناني رقم ١٧١ تاريخ ١٩٩٣/٢/١٤, م.ق.أ، ١٩٩٥, العدد٨, ص١٧٧٠.

[2] حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٣٨٣٧ لسنة ٥٠، قضائية عليا، جلسة٢٠٠٨/٤/١٥. مذكور في الموقع ألالكتروني (www.atefsalem.com.)

[3] قرار محكمة تمييز العراق بالقضية ٢٥٢٧/ح/١٩٦٦ (غير منشور) نقلاً عن د. فاروق خماس، المصدر السابق، ص٥٠ .

[4] كذلك يكون العقد إدارياً بين أشخاص من القانون الخاص وهذا استثناءاً إما بموجب قانون أو بموجب توكيل صريح أو ضمني أو اجتهاد قضائي انظر بصدده د. فوزت فرحات، المصدر السابق، ص٤٦٤.

أ. **أشخاص معنوية عامة إقليمية:** وتشمل الدولة والمحافظات والمراكز والمدن والأحياء والقرى.

ب. **أشخاص معنوية عامة مرفقيه:** وهي الهيئات العامة، وهي عبارة عن مرفق عام يدار بمعرفة منظمة عامة، ويتمتع بالشخصية المعنوية.

ج. **أشخاص عامة مهنية:** وهي النقابات العامة والاتحادات المهنية التي أعترف لها القضاء بالشخصية المعنوية العامة، وأعتبر قراراتها قرارات إدارية، فكل هذه الأشخاص المعنوية العامة بالإضافة إلى المرافق العامة التي تتمتع باستقلال في إدارتها، يمكنها إبرام عقود، وهذه العقود تعد عقوداً إدارية، لأن أحد أطرافها يمثل الإدارة العامة [١].

أما في لبنان، فإن جماعات المهن الحرة لا تدير مرافق عامة خلافاً لما هي عليه في فرنسا، وليست من أشخاص القانون العام الذين يؤلفون مؤسسات عامة، ولا من الأفراد الذين يؤمنون إدارة لمرفق عام بدلاً من السلطة العامة، حيث إن أساس وجودها يكمن في تمثيلها لمجموعة من الأشخاص المنتمين إلى مهنة واحدة (كالصيدلي والمحاماة والطب)، وأن الاجتهاد اللبناني وصف الجماعات المهنية بأنها أشخاص معنوية من أشخاص ألقانون الخاص [٢].

كما أن الشخصية المعنوية العامة في لبنان تتمثل في ألأشخاص المعنوية ألإقليمية كالدولة والبلديات والشخصية المعنوية ألمرفقيه أو ألمصلحيه كالمؤسسات العامة والمصالح المستقلة حيث أن الشخصية المعنوية منحت في لبنان للوحدة الإقليمية وهي البلدية فقط فلا تتمتع المحافظات أو الاقضية في لبنان بالشخصية المعنوية ولا تدخل في عداد الأشخاص الإدارية المستقلة من السلطة المركزية بل هي (أي المحافظات والأقضية) تعتبر فروع للسلطة المركزية [٣].

أما في العراق فإنَّ أشخاص القانون العام تتمثل (الحكم الذاتي (الأقليم)، المحافظة القضاء، الناحية) و(الوزارات والدوائر التابعة لها) إذا كانت مخولة بالتعاقد، الدوائر المستقلة غير المرتبطة بوزارة والدوائر التي تستطيع التعاقد باسمها [٤].

---

(١) د. حمدي أبو النور السيد، الوجيز في العقود الإدارية، جامعة السلطان قابوس-عُمان، ٢٠٠٨، ص٣٩.

(٢) د. وليد حيدر جابر، طرق إدارة المرافق العامة المؤسسة العامة والخصخصة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط١، ٢٠٠٩، ص٦٢.شورى لبناني رقم ١٨٤ تاريخ ١٩٨٥/٣/٢٥ ، م.ق.أ،عدد٢، ١٩٨٦، ص١٧٢.

(٣) د. محي الدين القيسي، المصدر السابق، ص٢٠-٢٢.

(٤) د. فاروق خماس، المصدر السابق، ص٢٦.

ولا يكفي لقيام العقد الإداري أن يكون أحد أطرافه حال إبرامه شخصاً معنوياً عاماً، بل يجب أن يبقى هذا الشخص محتفظاً بصفته العمومية طيلة مدة تنفيذ العقد، فإذا فقدها أثناء تنفيذ العقد بتحوله إلى شخص من أشخاص القانون الخاص غدا العقد عقداً مدنياً يخضع لأحكام القانون المدني ويختص القضاء العادي بالفصل فيما ينشأ بصدده من منازعات وقد أكدَت المحكمة الإدارية العليا في مصر هذا المبدأ فيما ذهبت إلى إنَّ فقدان العقد لأحد الشروط التي يتحقق بتوافرها مناط العقد الإداري، يؤدي إلى تحوله إلى عقد من عقود القانون الخاص [1].

هذا عن الطرف الأول في العقد الإداري، وهو الإدارة، أما الطرف ألآخر فقد يكون هو ألآخر من أشخاص القانون العام، كأن تبرم إحدى الوزارات عقداً مع مؤسسة عامة أخرى[2].

ثانياً– أن يكون محل العقد مرتبطاً بمرفق عام

حتى يُعتبر العقد إدارياً يجب أنْ يكون محله أو موضوعه متعلقاً بمرفق عام، سواء من حيث تنظيمه أو إدارته أو تنفيذه أو تسييره وضمان عمله باطراد، لخدمة أغراض المرفق العام وتحقيق احتياجاته مراعاة للمصلحة العامة، وما تقتضيه من تغليبها على مصلحة الأفراد الخاصة، فمن العقود التي تعتبر عقوداً إدارية لارتباطها بالمرفق العام، العقود التي تعهد الإدارة بمقتضاها إلى الأفراد بمهمات تسيير المرفق العام، كعقود ألامتياز، وعقود ألأشغال العامة، من تطبيقات ذلك في القضاء الإداري المصري اعترافه بالصفة الإدارية لعقد استغلال عربات ألأكل في القطارات وعقد استغلال مقصف إحدى المحاكم، وذلك لأن موضوع هذه العقود ينصب على تقديم الخدمات لمرفق عام [3].

وقد عرَّف مجلس شورى الدولة اللبناني المرفق العام (هو المشروع الذي تنشأهُ الإدارة أو تشرف على إدارته ويعمل بانتظام واستمرار وتستعين بسلطاتها لتأمين الحاجات العامة المطلوبة للمواطنين أو تقديم الخدمات العامة ولا يكون هدف الإدارة الرئيسي من ذلك تحقيق الربح وإنما

---

(1) د عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المصدر السابق، ص٢٥ (حكم المحكمة الإدارية العليا ,طعن رقم ١٥٤,تاريخ١٩٩٧/١/٢.فيما يرى د. فوزت فرحات (أن الصفة الإدارية تعطي للعقد الذي يكون أحد طرفيه شخصاً معنوياً من أشخاص القانون العام، ولا يغير من هذا الواقع تحول هذا الشخص بعد إبرام العقد إلى شخص من أشخاص القانون الخاص, إذ أن العبرة بطبيعة المنازعة ترجع إلى وقت إبرام العقد) القانون الإداري العام، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٤، ص٤٥٣.

(2) د. نواف كنعان، المصدر السابق، ص٣١٩.

(3) د. حمدي القبيلات، المصدر السابق، ص١٠١.

تحقيق المنفعة العامة، حيث أكدَ المجلس في هذا القرار على ضرورة أن تكون هنالك صلة بين العقد الإداري والمرفق العام حيث جاء فيه (إنه يشترط في العقد الإداري أن تكون الإدارة طرفاً فيه، وأن يكون للعقد صلة بالمرفق العام سواء من حيث تنظيمه أو تسييره أو استغلاله والمعاونة أو المساهمة فيه) [١].

لذلك نلاحظ إنَّ هنالك حالتين تُظهران ارتباط العقد بالمرفق العام:

أ. يتعلق بمشاركة المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ المرفق العام

ب. تتعلق بذاتية العقد التي تشكل إحدى طرق تنفيذ المرفق العام

وسنتناول هذه الحالات بالشكل التالي:

١. مشاركة المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ المرفق العام

إنَّ هذه الحالة تشمل مشاركة المتعاقد بشكل فعلي أو بصورة مساهم في تسيير المرفق العام.

أ. حالة إذا كان للمتعاقد مشاركة فعلية في تنفيذ المرفق العام حيث أن الاجتهاد الفرنسي أعتبر العقد الذي بموجبه عهدت مدينة باريس إلى بعض الأفراد بالمشاركة في المرفق العام الخاص باحتجاز السيارات المخالفة عقداً إدارياً، في حين أستبعدَ الاجتهاد إعطاء الصفة الإدارية للعقد عندما لا يتعدى الأمر أكثر من نقل بضائع لمرفق عام[٢].

ومن جانب آخر، إن هذا المفهوم يسمح بإعطاء الصفة الإدارية على عقود تفويض المرفق العام أي العقود التي تعهد بموجبها الإدارة إلى المتعاقد معها بمهمة تنفيذ مرفق عام إداري، كون المتعاقد يشترك في تنفيذ الخدمة والمصلحة العامة حيث يعتبر الاجتهاد عقد تأمين الملاعب والطعام للمشتركين في ألألعاب الرياضية عقداً إداريا [٣].

ب . حالة مساهمة المتعاقد في تنفيذ المرفق العام ففي هذه الحالة يكون دور المتعاقد هو مجرد مساهم في تسيير المرفق العام، أي إن المتعاقد لم ينفذ المرفق العام بصورة منفردة من قبله ولكن قد ساهم أو أشترك مع الإدارة في تنفيذه.

---

[١] شورى لبناني قرار رقم ٧٢ تاريخ ٢٠٠١/١٠/٢٥, م ق أ, ٢٠٠٥, عدد١٧، م ١، ص ٤١.

[٢] T.C.14.5.1990.GIE:Coagau.Copagly) C.E.Sect.11.5.1956.Soc. -Taxitel.R.394) desTransports rand.rdp101 نقلا عن د. فوزت فرحات، المصدر السابق،٢٠١٢ ، ص٤٦٩

[٣] شورى لبناني قرار رقم ٣٨ في ١٩٨٦/٢/٢٨، مدرسة ألآباء الأنطونيين/الدولة، م ق أ ٨٧-١٩٨٨.عدد٣، ص٥٤.

حيث أعتبرَهُ الاجتهاد اللبناني عقداً إدارياً في حالة المساهمة بشكل مباشر في تسيير المرفق العام [١].

٢. العقود التي تعتبر بحد ذاتها تشكل إحدى الطرق لتنفيذ المرفق العام

في هذه الحالة فإنَّ أعطاء صفة العقد بكونه عقداً إدارياً ليس للمتعاقد أي أثر فيها، وإنما للطريقة التي بموجبها تم تنفيذ المرفق العام، فقد تباين الاجتهاد اللبناني في وصفها، فقد وصف عقد ألاشتراك في الشبكة الهاتفية عقداً إداريا في رأيه الأول، ولكن بعد ذلك أعتبره عقداً مدنياً تجريه الإدارة مع المشترك [٢].

أما في مصر فإنَّ القضاء المصري لم يشترط أنْ تصل العلاقة بين العقد والمرفق العام إلى هذه الدرجة من القوة والمتانة التي يتطلبها القضاء الفرنسي لطبع العقد بالطابع الإداري، بل يكفي أن يتصل العقد بنشاط المرفق العام على أية صورة من الصور طالما إنه يلزم في جميع الأحوال توافر معيار الشروط ألاستثنائية [٣].

ثالثاً- أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية (غير مألوفة)

لا يكفي لاعتبار العقد إدارياً أنْ يكون أحد أطرافه شخصاً معنوياً أو يتصل محله أو موضوعه بمرفق عام، وإنما يلزم أن يحتوي العقد على شروط استثنائية (غير مألوفة) في عقود القانون الخاص.

---

[١] شورى لبناني قرار رقم ٤٤٧ تاريخ ٢٠٠٣/٤/١٥ شركة المرافق اللبنانية ، م ق أ -٢٠٠٧-عدد١٩-م٢-ص٨١٩.

[٢] د. محيي الدين القيسي، المصدر السابق، ص١٢٣.

[٣] وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري (متى أتصل العقد بالمرفق العام على أية صورة من الصور سواء أكانت من حيث تنظيم المرفق العام أو استغلاله أو تسييره أو المعاونة أو المساهمة في ذلك أو استخدام المرفق ذاته عن طريق العقد , مشتركاً في ذلك وعلى درجة متساوية مع الشروط ألاستثنائية (الغير مألوفة) في العقد، فإذا انقطعت الصلة بين العقد والمرفق العام فإن القضاء المصري يعتبره عقداً خاصا حتى لو أحتوى على شروط استثنائية من ذلك العقود المتعلقة في الدومين الخاص للأشخاص المعنوية العامة حكم محكمة القضاء الإداري ١٦٥٦/١٢/١٦ نقلاً عن د. محمد عبد الواحد الجميلي، ماهية العقد الإداري في ضوء أحكام القضاء المصري والفرنسي، دار النهضة العربية - القاهرة، ١٩٩٥، ص١٠٥.

ويعرفها فالين (Waline) بأنها كل شرط سيكون باطلاً لو أدرج في عقد من عقود القانون الخاص لمخالفته للنظام العام.كما، يعرفها مورو (Moreau) بأنها تلك الشروط التي لا تقابلها عادة في العقود المدنية (١).

كما أوضح الاجتهاد الفرنسي بأن الشرط الغير مألوف هو (البند الذي يعطي الفريقين أو أحدهما حقوقاً أو يرتب على عاتقهما موجبات تختلف بطبيعتها وجوهرها عن تلك التي يمكن أن يسلم بها شخص يملئ إرادته في إطار القوانين المدنية والتجارية) (٢).

وذهب مجلس الشورى اللبناني إلى القول بأنها (هي البنود الغير مألوفة في ألاتفاقيات العادية)(٣).

وعرفتها المحكمة الإدارية العليا في مصر بأنها (الشروط التي تضعها الإدارة بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بها المتعاقد معها، وذلك بقصد تحقيق نفع عام أو مصلحة مرفق من مرافق الدولة(٤).

كما أشار لها القضاء العراقي في حكم لمحكمة التمييز (أن العقد الذي تعقده الإدارة ويتضمن شروطاً غير مألوفة من أجراء مناقصة عامة واشتراط تأمينات وغرامات هو عقد إداري، متميزاً عن العقود المدنية بما تستهدفه من تحقيق مصالح كبرى تعلو على المصالح الخاصة)(٥).

أما العقود المبرمة بين المرافق التجارية والصناعية فإنَّ القضاء الفرنسي أعتبرها عقوداً مدنية حتى لو تضمنت شروطاً استثنائية لأنَّ هذه المرافق لا تتعامل مع جمهور المنتفعين باعتبارها كسلطة عامة، إلا إذا كان موضوعها هو تنفيذ مرفق عام وقد أيدَها بذلك القضاء

---

(١) د. محمد عبد الواحد الجميلي، المصدر السابق، ص١١٩.

(٢) محكمة حل الخلافات الفرنسية حكمها في ٢٠- تشرين أول- ١٩٥٠ (ستاينstein) , نقلاً عن د. يوسف سعد أنله، المصدر السابق، ص٤٤٧.

(٣) شورى لبناني رقم ٨٤١تاريخ ١٩٦٢/١١/٩,، المجموعة الإدارية، شدياق، العدد١٢، السنة٧، ١٩٦٣، ص١٦٣.

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا، جلسة ١٩٦٣/٣/٢٥، أشار إليه د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المصدر السابق، ص ٤٥ .

(٥) حكم محكمة تمييز العراق رقم ٧٢٣/حقوقية/١٩٦٥ (غير منشور) ذكره د. فاروق أحمد خماس، المصدر السابق، ص٥٠ .

المصري [١].أما في لبنان فاعتُبرت العقود التي تجريها المرافق العامة الصناعية والتجارية مع المنتفعين تبقى عقوداً خاصة ولو تضمنت بنوداً خارجة عن المألوف [٢].

وإنَّ هذا المعيار من معايير العقد الإداري لا يعني أنْ يتضمن العقد عدة شروط استثنائية، حتى يعتبر العقد إداري وإنما يكفي أن يحتوي العقد على شرط استثنائي واحد، وقد أشترط مجلس شورى الدولة اللبناني بأنْ يرقى البند ألاستثنائي إلى مرتبة البند الخارق بالدرجة والوضوح المطلوبين وإن تعددت البنود فإن تظافرها يرجح جهة الإدارة حيث جاء في قرار له (إذا تعددت البنود في عقد ما، ولم يرقى أي منها منفرداً إلى مرتبة البند الخارق بالدرجة والوضوح المطلوبين فإن تضافر هذه البنود في وجهة ترجح وضعية الإدارة المتعاقدة من حيث الضمانات والحقوق المقررة لها في العقد، ومن شإنه أن يضفي على العقد الصفة الإدارية) [٣].

وتتعدد أنواع وصور الشروط ألاستثنائية ولكنها بشكل عام تتبلور حول محور واحد هو إعطاء السلطة للشخص المعنوي مقابل المتعاقد معها، فمن صورها هو احتفاظ الإدارة لنفسها في تنفيذ العقد بامتيازات تخرج على مبدأ المساواة بين المتعاقدين وحق تعديل العقد، أو ألاشتراط لنفسها حق الفسخ دون حاجة إلى ألالتجاء إلى القضاء ودون خطأ من المتعاقد ألآخر، أو أن يشارك المتعاقد معها في استعمال وسائل القانون العام التي لا يستعملها عادة إلا أشخاص القانون العام كمنحه استعمال وسائل ألإكراه ضد الغير أو ألاستفادة من نزع الملكية للمنفعة العامة، لكن الشرط الأكثر أهمية وتميزاً هي تلك التي تمنح الإدارة المركز ألأقوى و ألاستثنائي إزاء المتعاقد معها [٤].

وخلو العقد من شروط استثنائية يعني إنَّ نية الإدارة قد اتجهتْ إلى عدم استعمال أساليب القانون العام في تعاقدها، الأمر الذي يجعل من هذا التعاقد تعاقداً مدنياً [٥].

ولكن قد لا يحتوي العقد شروطاً غير مألوفة من قبل أطرافه بل لتدخل المشرّع وفرضه لنظام خارقْ، فقد أعتبرَ القضاء الفرنسي إنَّ خضوع العقد لنظام استثنائي من القانون الخاص

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في٥ فبراير ١٩٧٧ أشار إليه د ماجد راغب الحلو،المصدر السابق، ص٣٣.

(٢) د. نزيه كبارة، مبادئ القانون الإداري، ط٣، مطابع المكمل، طرابلس، ٢٠٠١، ص٥٣.

(٣) شورى لبناني قرار رقم ٥٢ تاريخ ١٩٩٥/١١/٩، جان وكميل سماحة، م ق أ، ١٩٩٧، عدد١٠، ص٨٣.

(٤) د. إبراهيم عبد العزيز شيحا، الوسيط في مبادئ وأحكام القانون الإداري، الدار الجامعية للطباعة والنشر – بيروت، ١٩٩٧، ص٦٢٤. و بذات المعنى د محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٢، ص ٤٩٨.

(٥) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المصدر السابق، ص٤٧

مفروض من المشرّع من شأنه طبع العقد بالطابع الإداري حتى ولو لم يحتوي على شروط استثنائية، فالعقد في هذا الحال لا يكتسبُ الوصف الإداري لشروطه الذاتية التي عبَّر عنها المتعاقدين، وإنما لخضوعه لقواعد استثنائية خارجة عن نصوصه وأجنبية عن إرادة المتعاقدين مفروضة من قبل المشرّع، تتضمن حقوقاً والتزامات لطرفي العقد غير مألوفة في القانون الخاص، بمعنى آخر نتيجة لإبرام العقد في داخل نظام قانوني استثنائي محدد سلفاً بمقتضى القوانين [١].

يُعتبر حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في١٩ يناير ١٩٧٣، الأساس الذي أعتمدَ عليه الفقه في استخلاص الضابط الجديد حيث أعترف القضاء بالصفة الإدارية لعقد توريد الكهرباء المبرم بين مؤسسة كهرباء فرنسا (التي تعد مرفق صناعي وتجاري) وبين مورد مستقل للكهرباء فعلى الرغم من عدم احتواء هذه العقود على شروط غير مألوفة، وذلك لخضوعها بموجب النص لنظام غير مألوف في القانون الخاص، وبالفعل، فقد حّد هذا النص من إمكانية مصلحة كهرباء فرنسا والمنتجين المستقلين للكهرباء من أللجوء الحر عندما ألزمهما باحترام موجبين (موجب التعاقد معاً وموجب أللجوء في حالة النزاع إلى الوزير المختص) [٢].

أي إنَّ استعراض نصوص العقد وتحليل بنوده لم يعد يكفي للاعتراف بالصفة الإدارية للعقد أو نفيها وإنما يجب على القاضي أنْ يذهب لأبعد من هذا في تقصيه لحقيقة العقد ليتعرف على طبيعة النظام القانوني الذي نشأ من التطبيق العملي للعقد [٣].

وهنالك من يرى أن هذا المبدأ يمثل قاعدة ثالثة يمكن ألاعتماد عليها في وضع حل لمعضلة التمييز بين العقد الإداري وعقود القانون الخاص [٤].

وقد تعددت ألآراء الفقهية بصدد النظام الخارق، فيرى (دي لوبادير) (إنَّ النظام ألاستثنائي هو خضوع العقد لنظام قانوني خارج إرادة الطرفين وإنَّ القواعد التي تنظم علاقتهما التعاقدية يكون مصدرها خارج عنهما وتقرر بقانون أو نظام) [٥].

---

[١] د. محمد عبد الواحد الجميلي، المصدر السابق، ص١٢٧.

[٢] د. فوزت فرحات، المصدر السابق، ٢٠١٢، ص٤٧٤ .

[٣] د. ماجد راغب الحلو، المصدر السابق، ص٣٢.

[٤] د. مازن راضي ليلو، القانون الإداري، المصدر السابق، ص٢٦٤.

[٥] د. ماهر صالح الجبوري، القانون الإداري العام، دار الكتب للطباعة -بغداد، ١٩٨٩، ص١٧٦.

كما يرى فيل (Weil) (إنَّ النظام ألاستثنائي ضابطاً جديداً وأن الصلة بينه وبين ضابط الشروط ألاستثنائية لا تعد سوى جملة لفظية)، كما يرى (شابي) أن هذا النظام يعتبر ضابطاً مستقلاً عن ضابط الشروط ألاستثنائية حيث يُعتبر قلباً للأمور، فالأصل إنه يجب أولاً تحديد طبيعة العقد حتى يمكن تحديد النظام القانوني الذي سوف يخضع له، ولكن هنا نعرف مقدماً أن العقد الذي سوف يبرم في داخل النظام الاستثنائي الذي فرضه المشرّع سوف يعد إدارياً)(١).

وهنالك رأي بين فيه (إنَّ منطق القانون يقضي بأنَّ تكييف العقد لمعرفة صفته الإدارية أو المدنية ينبغي أن يستندَ إلى نصوص العقد وشروطه عند إبرامه، وليس إلى النظام القانوني الفعلي الذي ترتب عليه عند تنفيذه، وذلك لأنَّ هذا النظام القانوني الفعلي الذي ظهر عند التنفيذ إذا أختلف عن شروط العقد فإنهُ يخالفها، ومن حق المتعاقد مع الإدارة عند مخالفة شروط العقد المتفق عليها أن يعترض على ذلك سواء لدى الإدارة المتعاقدة أو أمام القضاء بالطرق المقررة قانوناً، فإذا لم يحدث شيء من ذلك وسكت المتعاقد مع الإدارة على تلك المخالفات، فإنَّ هذا يفيد رضاه بها ويشير إلى وجود شروط استثنائية ضمنية يحتويها العقد رغم عدم النص كتابة، وقد يكون ألاتفاق قد تم عليها شفاهة) (٢).

ومما تقدم يتضح أن العقد الذي تبرمه الإدارة يتصف بالصفة الإدارية حتى وإن لم يتضمن شروطاً استثنائية في القانون الخاص فإن النظام القانوني الذي أُبرم فيه يعطيه هذه الصفة أي تحل فكرة النظام السيادي محل الشروط السيادية (الشروط التي تعطي للشخص العام تمتعه بالسلطة العامة وتميزه عن المتعاقد معه).

بعد استعراض مفهوم العقد الإداري ومعاييره لغرض وصفه بهذا الوصف، هنالك عقود يسبغ عليها تلك الصفة بالتبعية وهذا ما سنتناوله في الفقرة التالية.

الفقرة الثانية:عقود إدارية بالتبعية

لمعرفة إذا ما كان العقد إداريا قائما بذاته بين الطرفين بشكل واضح فإنه يمكن تحديد طبيعته القانونية من خلال تطبيق المعايير أنفة الذكر.

ولكن تثار المسألة في حالة وجود عقود تنبثق من العقد الإداري، ولكن هل يمكن اعتبار العقود المنبثقة من العقد الإداري (عقوداً إدارية) أم إنها عقوداً في إطار القانون الخاص؟

---

(١) د. محمد عبد الواحد الجميلي، المصدر السابق، ص١٢٨ .

(٢) د. ماجد راغب الحلو، المصدر السابق، ص٣٢.

أجاب القضاء الفرنسي بالإيجاب على هذه المسألة حيث أقر بالصفة الإدارية بالتبعية لعقود الضمان أو الكفالة أو التأمين المرتبطة بعقود إدارية، فعندما تضمن مؤسسة مالية حسن تنفيذ عقد من العقود في مواجهة جهة عامة، فإن التعهد بالكفالة أو الضمان تكون له الصفة الإدارية إذا كان العقد المضمون تنفيذه إدارياً، ويطلق على هذه النظرية (نظرية الملحقات والتوابع) وفي ذلك اخذ بفكر المجموعة التعاقدية حيث إنَّ الاعتراف بالصفة الإدارية للعقد التبعي في هذه الحالة إنما يأتي لمجرد إنهُ يرتبط بعقد آخر يتصف بالصفة الإدارية، وذلك استقلالاً من موضوع العقد وشروطه أي حتى لو لم يتعلق بتنفيذ مرفق عام أو يتضمن شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص (١).

وأخذت بذلك المحكمة الإدارية العليا في مصر حيث قضَتْ أن (امتداد طبيعة العقد الأصلي إلى العقد التكميلي أو التبعية) في أحكامها (٢).

وإن أبرز الحالات المتفرعة من العقد الإداري والتي تعتبر من العقود الضمنية والمرتبط بالعقد الأصلي هي حالة التعاقد من الباطن وعقد الكفالة وسنستعرض هاتين الحالتين بالشكل ألتالي:

النبذة الأولى: التعاقد من الباطن

إن التعاقد من الباطن أو (التعاقد الثانوي) هو (عمل قانوني يسمح للمتعاقد ألأصلي أو ألأساسي بتكليف الغير القيام بصورة جزئية بالمهمة الموكولة إليه أصلا). كما إنَّ التعاقد من الباطن فبالرغم من كونه عقد مستقل، أي حرية الطرفين في تحديد مضمونه، إلا إنه أيضا هو عقد تابع للعقد ألأصلي من خلال محل العقد من الباطن هو جزء من محل العقد الأصلي، فكلاهما يحققان نفس الهدف. (وهو أحد المعيارين الذين من خلالهما تُلحق العقود التبعية بالعقد الأساسي وتأخذ صفته، والتالي فالعقد الإداري يسحب صفته وطبيعته على العقد التابع وأما المعيار الآخر فهو عندما يكون الربط بينهما ربطاً مادياً أو يكون العقد التابع متصل وغير منفصل عن العقد الأصلي بحيث يعتبر شرطاً مكملاً لشروط العقد ألأساسي فيتحدان معاً ويشكلان لهذه الجهة كلاً لا يتجزأ، أما في فرنسا فقد صدر قانون ١٩٧٥/١٢/٣١ والذي أقام علاقة مباشرة بين الإدارة المتعاقدة والمتعاقد الثانوي، ولكن بشرط أن يكون المتعاقد ألأساسي قد

(١) د. ماجد راغب الحلو، المص السابق، ص٤٥ .

(٢) للاطلاع على تفاصيل الأحكام د. سليمان المطاوي، المصدر السابق، ص٩٨ .

استحصل من الإدارة على الموافقة في آن معاً (على المتعهد الثانوي، وعلى شروط الدفع له) إذ عندما يتلقى هذا ألأخير مباشرة مستحقاته المالية من الإدارة فعندئذ يكون ألاختصاص في المنازعات التي تنشأ بين الإدارة المتعاقدة والمتعهد الثانوي للقضاء الإداري، أي أن العقد بينهما أعتبر عقداً إدارياً[1].

وقد اعتبر مجلس شورى الدولة الفرنسي أن القضاء الإداري يختص بنظر المنازعات الناجمة عن التعاقد من الباطن، وذلك في الحالات التي تلتزم فيها الإدارة بشكل مباشر في مواجهة المتعاقد من الباطن، كحالة الالتزام بالدفع المباشر[2].

وبذلك قررت المحكمة الإدارية في باريس في قرارٍ لها إنهُ (إذا رخصت الجهة الإدارية المتعاقدة بالتعاقد من الباطن في نطاق عقد إداري، فإن رابطة من روابط القانون العام تنشأ بين الجهة الإدارية المتعاقدة والمتعاقد من الباطن، تسمح للمحكمة بالنظر في موضوع النزاع المتعلق بالسداد المباشر) [3].

وفي لبنان نجد أن المادة ٩ من دفتر الشروط والأحكام العامة تبين أن التلزيم الباطني، دون ترخيص من الإدارة يتيح لها أن تفسخ العقد دون قيد أو شرط وإما إعادة التلزيم عن ذمة الملتزم، أي يجب على المتعاقد ألأصلي، استحصال موافقة الإدارة على المتعهد الثانوي، حيث أن ألأثر القانوني لهذه الموافقة هو أن هذا العقد يعتبر مشروعاً حيث لا تستطيع الإدارة أن تتنكر له بعد ذلك، وإلا ارتكبت خطأً تعاقدياً يوجب مسؤوليتها بالتعويض أمام المتعاقد ألأصلي[4].

وفي قرار لمجلس الشورى اللبناني قد ورد فيه (أن العقد الإداري يسحب صفته على العقود التي تستمد وجودها منها كانت ملحقة أم تابعة) [5] وبذلك فإن التعاقد من الباطن ولكونه عقداً ملحقاً بالعقد ألأصلي (عقد إداري) فيكون عقداً إدارياً.

---

[1] د. محيي الدين القيسي، محاضرة ألقيت على طلبة الدراسات العليا، الجامعة ألإسلامية- خلده، ٢٠١١-٢٠١٢.

[2] إيلي مسعود خطار، التعاقد من الباطن في التنازع الإداري (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، الجامعة اللبنانية، ٢٠١٣،ص١٧٦.

[3] د. علي عبد ألأمير قبلان، المرجع السابق، ص٢٣٣.

[4] د. نصري منصور نابلسي، المصدر السابق، ص٩٠.

[5] شورى لبناني قرار رقم ٢٥٥ تاريخ ١٩٩٤/٢/١٠، م ق أ، ١٩٩٥، م ١، ص٣٠١.

أما في مصر فإنه إذا كان محل النزاع قائماً بذاته فيمكن تحديد طبيعته القانونية على ضوء الضوابط الخاصة بالعقد الإداري، أما إذا كانت له طبيعة تكميلية أو تبعية فيمكن ألاستناد على طبيعة العقد ألأصلي والتي تمتد إلى العقد التكميلي أو التبعي [١].

أما في العراق فإن المادة (٤) من شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية[٢]، قد أجازت للمقاول أن يتعاقد على جزء من أعمال المقاولة، ولكن يجب أن يتم من خلال موافقة الإدارة بكتاب تحريري، وأن منح الموافقة بالتعاقد من الباطن لا تعفي المتعاقد ألأصلي من التزاماته كلاً أو جزأ بل يبقى مسئولا عن التزاماته بصورة شخصية وكذلك يصبح مسئولا عن أعمال المتعاقد معه من الباطن.

النبذة الثانية: عقد الكفالة

إنّ الكفالة الملحقة بالعقد الإداري تشمل (الكفالة المصرفية أو التأمينات ألمالية أو خطاب الضمان) هي كلها تدل على الضمان الذي يقدمه المتعاقد مع الإدارة لضمان التزامه معها، غالباً الذي يكون على شكل ضمان مؤقت يقدم أثناء تقديم العطاء في عقود الصفقات العامة ومن ثم يقدم ضمان مالي دائمي طيلة فترة العقد [٣].

---

(١) وهذا ما أكدَته المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم لها (أن صفة العقد ألأصلي ضمت إلى العقد المكمل بحكم ارتباط هذا ألأخير بالعقد الأول و ألاعتماد على ما جاء فيه وتبعاً لذلك فلا حاجة البتة إلى استظهار أركان العقد الإداري في العقد التكميلي أو ألتبعي، بل ينبغي ألاعتماد في ذلك على طبيعة العقد ألأصلي التي تمتد إلى العقد التكميلي أو ألتبعي ,ولما كان العقد ألأصلي يسهم في تسيير مرفق التعليم وقد أنطوى على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص فإن المحكمة قد انتهت إلى إضفاء الصفة الإدارية على العقدين ألأصلي والتكميلي) (حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٨/مايو/١٩٩٨, نقلاً عن د. مليكة الصروخ، المصدر السابق، ص٤٨٥.

(٢) أن هذه الشروط تعتبر كشروط عامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية المُعدة من وزارة التخطيط لكافة تعاقدات الإدارة وقد نصت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ١ لسنة ٢٠٠٨ في (م ٢٠-أولاً) على تضمين هذه الشروط واعتبارها جزأ لا يتجزأ من العقد.

(٣) تهدف التأمينات بشكل عام إلى ضمان الوفاء بالالتزامات، والقانون في مجموعه يعمل على ضمان الحقوق لأصحابها، وأن الفكرة في التأمينات أن يحصل الدائن على ضمان خاص يكفل له الوفاء بحقه رغم إعسار المدين.وقد يتحقق هذا إذا تقدم شخص آخر بجانب المدين يضمن للدائن أن يوفيه حقه إذا عجز مدينه عن الوفاء، ويكون التأمين في هذه الحالة شخصياً، والكفالة نوع من أنواع التأمينات الشخصية فهي ما يودعه شخص من ألأشخاص من مبلغ نقدي أو سندات أو أوراق مالية لضمان تنفيذ التزام معين يقع على عاتقه أو لضمان تغطية ما قد ينشأ بفعله من مسئولية في المستقبل..ينظر د. سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، دائرة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٥، ص١٩.

إنَّ الكفالة ترتكز على التزام أصلي وتعمل على ضمان الوفاء به، فهي ترتب التزاماً شخصياً في ذمة الكفيل محله الوفاء بالالتزام ألأصلي إذا لم يفِ به المدين، والتزام الكفيل هذا تابع للالتزام ألأصلي في وجوده وانقضائه وصحته وبطلانه بل وفي أوصافه هذا من جانب، ومن جانب آخر فإن عقد الكفالة هو عقد تابع حيث إنَّ الكفالة تتميز بتبعيتها المباشرة والضيقة للالتزام المكفول أي إنَّ محل التزام الكفيل هو الوفاء بالتزام المدين ألأصلي عند عدم وفاء هذا ألأخير به [1].

فهي من أجزاء العقد الإداري ألأساسية والتي تقدم من قبل الملتزم إلى الإدارة لضمان حسن تنفيذ العقد بالصورة الصحيحة والكاملة، وهي ليست عقد ثانوي، وقد أكدَ مجلس الدولة اللبناني في قرار له جاء فيه [2]، (إنَّ العقد الإداري يسحب صفته على العقود التي تستمد وجودها منه أكانت ملحقة أم تابعة وتاليا فإن عقد الكفالة ينزل بمنزلة العقد الإداري وقد حدد القضاء ثلاثة شروط لوصف عقد الكفالة بالعقد الإداري:

١. استقلال التزام المصرف في خطاب الضمان عن التزام المدين المكفول.
٢. الكفاية الذاتية لكتاب الضمان.
٣. فورية استحقاق الضمان منذ صدوره.

وفي قرار آخر لمجلس شورى الدولة اللبناني جاء فيه (إنَّ الكفالة بقطع النظر عن شروطها وأوصافها هي التزام تبعي، تقوم بقيام ألالتزام ألأصلي في ذمة المكفول وتسقط تبعاً لسقوطه) [3].

وأعتبر مجلس شورى الدولة اللبناني في أحد قراراته أن القضاء الإداري هو الذي ينظر بالنزاعات الخاصة بعقد الكفالة كونها اعتبرت جزءاً من العقد الإداري [4].

ولذلك فإن ألاعتراف بالصفة الإدارية للعقد التبعي في هذه الحالة إنما يأتي لمجرد إنه يرتبط بعقد آخر يتصف بالصفة الإدارية ذلك استقلالا عن موضوع العقد وشروطه، أي ولو لم يتعلق بتنفيذ مرفق عام أو يتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص[5].

---

(1) د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠، ص٣٠٥.

(2) شورى لبناني قرار رقم ٢٥٥ تاريخ ١٩٩٤/٢/١٠ م ق ا, ١٩٩٥, م ١, ص٣٠١.

(3) شورى لبناني قرار رقم ٧٨٨ تاريخ ١٩٩٥/٦/٧، م ق أ ١٩٩٦، عدد٩، ص٦١١.

(4) شورى لبناني قرار رقم ٧١٩ تاريخ ٢٠٠٤/٦/٢٢، م ق أ، ٢٠٠٨، عدد٢٠، م٢، ص١٣٦٦.
وشورى لبناني قرار رقم ٥٩٧ تاريخ ١٩٩٥/٤/٢٥، م ق أ، ١٩٩٦، عدد٩، ص٤٩٠.

(5) د. ماجد راغب الحلو، المصدر السابق، ص٤٥.

أما القضاء المصري، فقد أعتبر الكفالة عقداً إدارياً، إذ اعتبرت المحكمة الإدارية العليا في حكم لها (أن عقد الكفالة هو عقد إداري وذلك لأنه يتضمن الميزات الرئيسية للعقد الإداري (تسيير مرفق عام وتضمنها شروطاً غير معروفة في القانون الخاص)[1].

ومما تقدم يتضح أن عقد الكفالة في القانون الإداري هي عقد تابع للالتزام الأصلي، لضمان الوفاء بالتزام ناشئ بين طرفين، وبذلك فهي ملحقة بالعقد الإداري تستمد وجودها وصحتها منه، حيث أن العقد الإداري يسحب صفته الإدارية على عقد الكفالة مما يؤدي بالقضاء الإداري أن يتعامل معها باعتبارها عقد إداري بالتبعية.

بعد أن استعرضنا في المطلب الأول العقد الإداري وأنواعه ومعاييره، فلا بد من بيان أركان هذا العقد، حتى تكون الإدارة على بينة واضحة بالعقد الإداري، وأثر هذه الأركان على العقد، ومن ثم بيان مدى حرية الإدارة بالتعاقد والقيود التي يجب أن تأخذها بالاعتبار عند رغبتها بالتعاقد مع الغير وهذا ما سنتناوله في المبحث الثاني.

---

[1] د. عبد الحميد كمال حشيش، الطبيعة الإدارية لعقد الكفالة، مجلة العلوم الإدارية – المعهد الدولي للعلوم الإدارية سنة ٥-عد١-يونيو- ١٩٦٣/ ص٢١٤، تعليق على حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٠٣ تاريخ ١٣ أيار ١٩٦١ تدور هذه القضية (حول طالب بعثة دراسية تطوع في الجيش فعليه أن يوقع صك يتكفل بموجبه بكافة الواجبات المفروضة عليه,وكذلك إنه في حالة الرسوب لسنتين متتاليتين في صف واحد يفسخ العقد وعلى الطالب أن يقوم بدفع كافة نفقات دراسته حيث قررت المحكمة أن هذه العقود الثلاثة (عقد التطوع , وعقد الإيفاد, وعقد الكفالة) هي عقود إدارية تتوافر فيها خصائص ومميزات العقود الإدارية من تسيير مرفق عام هو مرفق الجيش ولإنها تتضمن شروطاً غير معروفة في القانون الخاص). وينظر بذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٦٨٨٠ لسنة٥٠، قضائية عليا جلسة٢٠٠٧/٩/٢.

نقلاً عن الموقع ألالكتروني www.atefsalem.com

المبحث الثاني

أركان العقد الإداري وحرية الإدارة بالتعاقد

المطلب الأول: أركان العقد الإداري:

العقد الإداري شأنه شأن العقود الأخرى، لابد أن تتوافر فيه أركانه، لا بل إنَّ ألأركان في العقد الإداري لها في بعض الأحيان أحكامها الخاصة المختلفة عن العقد المدني، فأحكام ألأهلية في العقد الإداري ليست كما هي في العقد المدني لاختلاف أهلية الإدارة عن أهلية الشخص القانوني الطبيعي في الحكم، ذلك إنَّ الإدارة تتمتع بشخصية معنوية فهي لا تمارس أعمالها إلا من خلال أشخاص طبيعيين هم مجموع العاملين لديها، وهؤلاء لا يمارسون أعمالهم إلا بموجب ما يمنحهم القانون من اختصاص، فقواعد ألاختصاص تمثل قواعد ألأهلية في العقود، في إبرام العقود، وقد يتطلب إبرام العقد الإداري إتباع شكل معين في بعض الأحيان أبحكم طبيعة ذلك العقد أو لضرورات معينة [1].

لذلك أن سلامة العقد الإداري لا تختلف عن سلامة العقد المدني وهي متعلقة باستكمال العقد لعناصره الداخلي، فالطرق ألاحتيالية والإكراه والغلط والخطأ المادي يمكن أن تشوب رضا طرفي العلاقة ويترتب عليها ذات الآثار التي تترتب على عيوب الإرادة في القانون المدني، ولما كانت شروط سلامة العقد في القانون المدني مفصلة ومحددة فيه، فإن القضاء الإداري يرجع إليها، ويشير إلى نصوص القانون المدني، وترجع شروط سلامة العقد إلى شروط متعلقة برضا المتعاقدين، وأهلية المتعاقد للتعاقد [2].

فالقاضي الإداري يلجأ إلى ذات القواعد المطبقة في القانون الخاص، والتي تحكم هذا الموضوع، ولا يخرج عنها إلا بالقدر الذي تستلزمه طبيعة الحياة الإدارية وأوضاع التنظيمات الإدارية [3].

---

[1] د. إبراهيم طه فياض، العقود الإدارية (النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن، ط١، ١٩٨١، مكتبة الفلاح، الكويت، ص١٤٤.

[2] د. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، ١٩٩١، ص٢٣٩.

[3] والى هذا المعنى أشارت محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في ٢٣/ديسمبر/١٩٥٦حيث تقول (ومن حيث أن النظرية القانونية العامة في العقود الإدارية , تبدأ على غرار مثيلتها في العقود المدنية بالتقصي عن شروط تكوين العقد الإداري ومن بعدها تبحث عن شروط صحة انعقاد العقد) د. سليمان الطماوي، مصدر سابق، ص٣٨٥.٣٨٦.

وأركان العقد الإداري هي (الرضا، المحل، السبب) هذا ما سيتم تفصيله في الفقرات التالية:

الفقرة الأولى: الرضا

إن تلاقي إرادة الإدارة مع إرادة الطرف الذي يرغب بالتعاقد معها يجب أن يكون هذا التلاقي سليماً خالياً من عيوب الرضا، (وعيوب الرضا في القانون المدني هي الغلط والتدليس والإكراه والغبن). والرضا بالنسبة للإدارة بوصفها طرفاً في العقد يجب أن يكون صادراً من الجهة المختصة بالتعاقد وفقاً للنظم المقررة من حيث ألاختصاص والشكل، ولا يمتلك إبرام العقود باسم الإدارة إلا أشخاص محددين يعينهم المشرّع وفقاً للقواعد العامة، ولا يجوز لهؤلاء ألأشخاص أن يَحِلوا غيرهم في ممارسة ألاختصاص ولا يجوز تفويض غيرهم إلا في الحدود و بالقيود التي يقررها المشرّع [١].

والعيوب التي تشوب الرضا في العقود الإدارية هي ذاتها عيوب الرضا في العقود المدنية مع أن الغلط والخداع (أو التدليس)، والعنف (أو الإكراه) نادرة في عقود الإدارة بالنسبة إلى عقود بين الأفراد [٢]. وسنتناول عيوب الرضا في العقد الإداري بالشكل التالي:

١. الغلط:

الغلط هو عيب يشوب الرضا، يتولد في ذهن الشخص فيجعله يتصور الأمر على غير حقيقته بأن يرى فيه شيئاً غير موجود في الحقيقة، أو يتوهم خلوه من صفة في كونها تلازمه، وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي بخصوص القواعد المدنية المقررة في هذا الصدد. فأبطل العقد إذ أخطأت الإدارة في شخص المتعاقد [٣]، وقد حذا حذوه الاجتهاد المصري في اعتماد نصوص القانون المدني [٤].

---

[١] جعفر ناصر عبد الرضا، القرار الإداري المعلق على شرط، رسالة ماستر، جامعة بيروت، ٢٠١١، ص٣٥.

[٢] جورج فوديل، ترجمة منصور القاضي، القانون الإداري الجزء الأول، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠١، ص٣٤٣.

[٣] د. إبراهيم طه فياض، المصدر السابق،ص١٤٩. CE.14 dec 1923 Grands moulins do corbeil. R852

[٤] (أن القواعد التي أوردتها المادتان ١٢١، ١٢٠ من القانون المدني المصري بشان الغلط لا تتعارض مع الأسس العامة في العقود الإدارية) ينظر حكم المحكمة الإدارية العليا في٢١/٣/١٩٦٨، طعن رقم ٨٨٢ لسنة ١٠ق، د. سعاد الشرقاوي، المصدر السابق، ص٢٤٠.

كما إنَّ الاجتهاد اللبناني يطبق القواعد المدنية على الغلط في العقود الإدارية ويصنف الغلط إلى ثلاثة أنواع [١] بالشكل التالي:

١. الغلط في الشخص، فالاعتبار الشخصي يلعب دوراً هاماً لا سيما في عقد الامتياز وذلك لأنه يتناول المساهمة، محل الإدارة ولحسابها، في تسيير المرفق العام بصورة شخصية ومباشرة.
٢. الغلط في الموضوع (يعني الوقوع في الغلط في ماهية العقد).
٣. الغلط في طبيعة العقد أو الغلط في هوية موضوع الموجب (م ٢٠٣ موجبات وعقود لبناني) يحول دون تكوّن العقد، أما الغلط الحسابي أو الخطأ المادي الحاصل في العقد فلا يعيب فيمكن تصحيحه من قبل المرجع الصالح لإبرامه.

فإذا تعاقدت الإدارات مع أحد ممثلي الشركات وتبيَّن لها فيما بعد إنَّه تعاقد معها لصفته الشخصية تكون تلك الإدارة قد وقعت في غلط تحديد شخص المتعاقد، لأنه صفة الشخص التي وقع الغلط فيها أُعتبرت جوهرية إذ كانت الدافع إلى التعاقد ومثلما يقال الغلط في شخص المتعاقد يقال عن الغلط في محل العقد إذ يكون الغلط موجب لبطلان الرضا متى كان واقعاً في أصل الموضوع المعتبر في العقد وهذا ما جاء في المادة (١١٨) من القانون المدني العراقي [٢].

٢. التدليس (الخداع)

هو عيب يشوب الرضا يتمثل في الالتجاء إلى الحيلة والخداع بقصد إيهام المتعاقد بأمر يخالف الحقيقة وجره بذلك إلى التعاقد، فهو في هذه الصورة يؤدي إلى إيقاع المتعاقد في الغلط[٣]. والذي يعتبر صورة من صور الغش في العقود الإدارية [٤].

فمجلس الدولة الفرنسي يشير دائما إلى المواد (١١١٦، ١١٥٣، ١١٥٤) من المجموعة المدنية المتعلقة بهذا الموضوع [٥].

---

(١) د. يوسف سعدالله الخوري، المصدر السابق، ص٤٦٢.

(٢) د. محمود الجبوري، المصدر السابق، ص١١٤.

(٣) د. إبراهيم طه فياض، المصدر السابق، ص٤٩.

(٤) د. عبدا لله بن ناصر السلمي، الغش وأثره في العقود، ج١، ط١، ٢٠٠٤، ص٤١٧.

(٥) فقد جاء في حكمه في ١٤/ديسمبر / ١٩٢٣ (أذا كان العقد قد أبرم بصورة صحيحة أعتبر بمثابة القانون يحكم أطرافه) لكنه لا يعتبر كذلك إذا تكشفت ألحال احد طرفيه عن تدليس (استعمال وسائل احتيالية) ذلك أن هذه الوسائل تؤدي إلى أبطال العقد إذا ثبت إن هذه الوسائل هي التي دفعت الإدارة إلى التعاقد.د. إبراهيم طه فياض، المصدر السابق، ص١٥٠.

أما موقف الاجتهاد المصري من الخداع في العقد الإداري، فإنه يأخذ بالتدليس وفقاً لما نص عليه القانون المدني وهذا ما ورد في قرار المحكمة الإدارية العليا وفقاً لأحكام المادة ١٢٥ من القانون المدني المصري [١].

وإنَّ وجود الخداع لا ينفي وجود الرضا ولكنه يعيبه، وهو يؤدي إلى إبطال العقد كما هو العامل الدافع إليه والحامل للمخدوع على التعاقد (م ٢٠٨ موجبات وعقود) وحتى يكون مفسداً للرضا، يجب أن يكون مصدر الخداع المتعاقد الآخر وليس شخصاً آخر كما إنه لا يفترض افتراضاً بل يجب إثبات حصوله فإنه يفسد العقد ويجب أنْ يؤدي إلى إبطاله وفي قرار لمجلس شورى الدولة اللبناني جاء فيه (أن التواطؤ بين المشتركين في المناقصة يفسدها لأن فيه نيلاً من قاعدة المزاحمة المشروعة، و ألحاق الضرر بالإدارة التي من حقها بل من واجبها إبطال المناقصة التي يحصل فيها التواطؤ)[٢].

أما القانون العراقي فإنه لم يردْ فيه نص (بالتدليس) في باب عيوب الإرادة في المادة (١٢١) من القانون المدني العراقي ولكن في حالة وجود خداع فإنه يوجب ألإبطال وهذا ما أكدَت عليه محكمة تمييز العراق في حكم لها جاء فيه (إذا أتفق صاحب البدل ألأخير الذي أحيلت بعهدته المزايدة الأولى مع من كانت لديه الرغبة في الضم عليه على أن لا يضم مقابل إدخاله شريكاً معه في العقد، بعد تصديق المزايدة، فإن مثل هذا ألاتفاق يُعد غشاً في سير المزايدة وتواطئاً بين المزايدين يؤثر تأثيراً جوهرياً في صحة ألإجراءات ويجعل المزايدة باطلة)[٣].

٣. الغبـن

إنَّ الغبن أو الاستغلال يعتبره فقهاء القانون المدني عيباً يشوب الرضا في إنه يتمثل في أن يَعمد شخص إلى أنْ يستفيد من شخص آخر بسبب طيش لديه، أو هوى في نفسه، أو حاجة ملحة لديه بأن يجعله يبرم تصرفاً يؤدي به إلى غبن فاحش [٤].

---

[١] د. سعاد الشرقاوي، المصدر السابق، ص٢٤٧.

[٢] د. يوسف سعدالله الخوري، المصدر السابق، ص٤٦٣، شورى لبناني ١٥ تشرين أول ١٩٦٢، مجموعة ١٩٦٣، ص٤٩

[٣] محكمة تمييز العراق قرار رقم ٢٦٣، الموسوعة الأولى، ١٩٨٨في ١٩٨٨/٤/٣٠ نقلاً عن هاتف كاظم جاسم، رسالة ماستر، حدود السلطة التقديرية للإدارة في المزايدات العامة، جامعة بابل، ٢٠٠٦، ص٦٣.

[٤] د.إبراهيم طه فياض، المصدر السابق، ص١٥١.

فالقضاء الإداري الفرنسي ذهبَ إلى إنَّ الغبن في ذاته لا يؤدي إلى بطلان العقد الإداري، ورفض مجلس الدولة الفرنسي في دعاوى كثيرة من المتعاقدين مع الإدارة الحكم بالبطلان على أساس الغبن، غير إنَّ مجلس الدولة يقبل دعوى الغبن إذا وجد نص قانوني يقرر بطلان العقد الإداري في حالة الغبن [١].

أما المشرّع المصري يأخذ في تحديد الغبن بالنظرية النفسية في الاستغلال لا بالنظرية المادية، وأن هذه النظرة النفسية في الغبن والتي أخذ بها القانون المدني المصري، سوف تضّيق عملاً من نطاق تطبيق الغبن في مجال عقود الإدارة، لضعف احتمال استغلال الإدارة لطيش أو هوى من يتعاقدون معها، ألاكتفاء بالإحالة إلى المراجع المدنية[٢].

ويعرّف الفقه اللبناني الغبن بأنَّه انتفاء التوازن بين الموجبات التي توضع لمصلحة فريق والموجبات التي تفرض على الفريق الآخر في العقد، و ألأصل في الغبن إنه لا يفسد الرضا إلا إذا توفر فيه شرطان:

١- أن يكون فاحشاً وشاذاً عن المألوف.

٢- أن يكون الفريق المستفيد قد أراد استثمار ضِيق أو طيش أو عدم خبرَة الفريق المغبون.

وليس من السهل أبداً أثبات هذين الشرطين في عقد إداري جارٍ بين شخص راشد ذي أهلية قانونية كاملة وبين الإدارة وعلى أساس مستندات غالباً ما تكون صريحة وواضحة، فاستثمار الضيق أو الطيش أو عدم الخبرة لا يعتبر حاصلاً إلا في حالة حصول مخابرات أو مناورات مباشرة أو بالواسطة بين الطرفين المتعاقدين لحمل أحدهما على قبول شروط العقد، كما إنَّ الغبن يجب أن يحصل عند إبرام العقد، أما ذلك الذي يحصل أثناء تنفيذه، فيدخل ضمن ما يسمى بالخلل الاقتصادي أو المالي في توازن العقد ولا ترعاه بالتالي أحكام الغبن بل أحكام نظرية غير المنظور وهي نظرية خاصة في القانون الإداري [٣].

والقانون المدني العراقي في المواد (١٢١-١٢٥) فإن الغبن والتغرير من الحالات النادرة الوقوع في جانب الإدارة ممثلة بجهاتها الإدارية المتنوعة وموظفيها العموميين ولكنها أكثر وجوداً وظهوراً لدى المتعاقد الآخر مع الجهة الإدارية [٤].

---

[١] د. سعاد الشرقاوي، المصدر السابق، ص٢٥٠ ومن هذه الأحكام (حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٤ مارس/١٩١٠،١٩/يناير/١٩٣٨، ٥/يونيو/١٩٤٢ ، ٣/يونيو/١٩٥٣).

[٢] د. سليمان الطماوي، المصدر السابق، ص٣٩٤.

[٣] د. يوسف سعدالله، المصدر السابق، ص٤٦٤.

[٤] حيدر نجيب أحمد المفتي، الإطار القانوني العام للعقد الإداري والمدني في ظل التشريع والفقه والقضاء

٤. الإكراه أو الخوف

حتى يكون الرضا في العقد الإداري سليماً، يجب أن يكون خالياً من عيب الإكراه وإنَّ حالات الإكراه في العقد الإداري نادرة، وغالباً ما ينتهي القضاء الإداري الفرنسي إلى إعلان بطلان العقد الإداري وإذا شاب الرضا إكراه، فيطبق المبادئ المدنية [١].

والاجتهاد المصري لا يعتبر الإكراه سبباً لبطلان العقد إلا لو كان العنف على درجة من الجسامة وهو ما قررته المحكمة الإدارية العليا في تطبيقها للمادة ١٢٧ من القانون المدني المصري [٢].

أما الفقه اللبناني فإنه يرى إنَّ الإكراه أو الخوف لا يفسد الرضا إلا إذا، كان هو الحامل عليه، فقد يصدر عن أحد المتعاقدين أو عن شخص ثالث، وعن أحوال خارجة عن دائرة التعاقد فالإدارة لا تستطيع استعمال أصول الإكراه الشرعي التي تتمتع بها، إلا من أجل الأهداف المحددة لها، فإذا استخدمتها ضد الأفراد من أجل حملهم على التعاقد معها يكون تصرفها غير شرعي[٣].أما القانون المدني العراقي فالمادة (١١٢) التي تعتبر الإكراه هو إجبار شخص بغير حق على إن يعمل عملاً دون رضاه، ويكون الإجبار بمثابة ضغط مادي أو أدبي يقع على الشخص ويبعث في نفسه رهبة تحمله على التعاقد [٤].

الفقرة الثانية: المحل

يمكن تعريف المحل في العقود الإدارية (إنه العملية القانونية التي تراضى الطرفان على تحقيقها، والتي تقتضي إنشاء التزامات على عاتق الطرفين) فيتمثل المحل في العقد الإداري في الشيء أو العمل أو ألامتناع عن العمل الذي يلتزم المتعاقد به في مواجهة الإدارة، كما يتمثل المحل في ما تلتزم به الإدارة في مواجهة المتعاقد [٥].

---

[١] د. علي قبلان، المصدرالسابق، ص٢٥٤ حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ١٩/يناير/١٩٤٥، في قضية (ste voisin)، مجموعة Juris – classur Administatif، ١٩٣٥، ص١٩.

[٢] د. سعاد الشرقاوي، المصدر السابق، ص٢٤٨

[٣] د. يوسف سعد الله، المصدر السابق، ص٤٦٣

[٤] د. محمود خلف الجبوري، المصدر السابق، ص١١٦.

[٥] د. حمدي أبو النور السيد، الوجيز في العقود الإدارية، ٢٠٠٨، ص٢٩.

والقضاء الإداري يطبق القواعد المدنية بهذا الشأن إلا ما تستلزمه طبيعة العقود الإدارية، فمحل العقد يحدده الطرفان غير إنَّ الإدارة قد تعدله بإرادتها المنفردة استناداً إلى الامتيازات التي تتمتع بها في مواجهة المتعاقد [(١)].

فإذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب (م ١٣٥ مدني مصري)، أو كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته (م ١٣١ مدني مصري) يكون العقد باطلاً ويتبنى القضاء الإداري المصري والفرنسي هذه المبادئ [(٢)].

وبحسب أحكام قانون الموجبات والعقود اللبناني (م ١٩٢) يُعتبر العقد باطلاً الذي يكون موضوعه غير جائز أو غير أخلاقي أو يتناول شيئاً لا يعدّ مالاً بين الناس.حيث لا يجوز تضمين العقود الإدارية بنوداً تخالف القواعد والقوانين الإلزامية أو الانتظام العام وإنَّ وجود مثل هذه البنود لا يؤدي إلا إبطال العقد بكامله بل إنها تعتبر هي وحدها دون سائر بنود العقد الشرعية، باطلة وبدون مفعول [(٣)].

أما القانون المدني العراقي فقد جاء بالمادة ١٢٦ (لا بد لكل التزام نشأه عن العقد من محل يضاف إليه ويكون قابلا لحكمه، ويصح أن يكون المحل مالاً، عَيناً كان أو دَيناً أو منفعة أو أي حق مالي آخر كما يصح أن يكون عملاً أو امتناع عن عمل)، لذلك كما هو الحال في العقود المدنية فإن الشروط الواجب توفرها في محل العقد ثلاثة:

١. أن يكون أمراً ممكناً أو شيئاً موجوداً أو قابلاً للوجود.

٢. أن يكون معيناً تعيناً منافياً للجهالة الفاحشة.

٣. أن يكون أمراً مشروعاً أو شيئاً مما يجوز التعامل فيه.

فمحل العقد يجب أن لا يخالف النظام العام ومن الممكن تنفيذه فقد جاء في قرار لمحكمة تميز العراق بقرارها الرقم ٧٠٠ في ٢١ /١٠ /١٩٨٦ بأن (مادامت الساحة المحالة بعهدة المميز غير صالحة لاتخاذها موقفاً للسيارات لوجود أنقاض ومخالفات فيها تحول دون استعمالها

---

(١) سامي حسن نجم الحمداني، أثر العقد الإداري بالنسبة للغير، رسالة ماستر، جامعة الموصل، ٢٠٠٥، ص١٢.

(٢) د. سعاد الشرقاوي، المصدر السابق، ص٢٥٤.

(٣) د. يوسف سعد الله خوري، المصدر السابق، ص ٤٦٥.

للغرض الذي أحيلت من أجله لذا يكون من حق المدعي المطالبة بفسخ المزايدة وإعادة التأمينات)[1].

وخلاصة الأمر أن المحل كركن في العقود الإدارية تسري عليه نفس الشروط في مثيلتها في العقود المدنية، من حيث كونه موجوداً أو ممكن وجوده، معيناً أو قابلاً للتعيين، مشروعاً، موافقاً للقانون فبخلافه يجعل العقد أو ألإجراءات التي تتخذها الإدارة باطلة.

الفقرة الثالثة: السبب

تقتضي القواعد العامة في القانون المدني بأن يكون العقد باطلاً إذا التزم المتعاقد به دون سبب أو سبب ممنوع قانوناً أو مخالف للنظام العام و الآداب لذلك يجب أن يكون في كل التزام سبب مشروع ولو لم يذكر هذا السبب في العقد، وإذا ذكرَ هذا السبب في العقد فيعتبر إنه السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك.

حيث إنَّ من النادر أنْ تتعاقد الإدارة دون سبب أو لسبب باطل، لأنه دافع الإدارة دائماً هو تحقيق المصلحة العامة وسير عمل المرافق العامة وأن ألأحكام القضائية بشأن ركن السبب قليلة وأول حكم يشير صراحة إلى ركن السبب هو حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٢٩ /يناير/ ١٩٤٧ /في قضية (michaux) تتلخص هذه القضية بعقد تطوع أبرمه أحد الفرنسيين بقصد قتال الألمان، ولكنه جُند في وحده غير مقاتلة، فلما طالب بإلغاء عقد تطوعه لفقد ركن السبب، رفض المجلس الدعوى استناداً إلى أن ألحاق المتطوع بفرقة معينة هو أمر لاحق لإبرام العقد وبالتالي لا يفقد العقد سببه [2].

والفقه اللبناني يرى إنَّ السبب في العقد الإداري في حالتين الأولى:إنَّ موجب كل فريق، في العقود الإدارية المتبادلة، سببه موجب الفريق الآخر، فإذا ما انتفى أو زال موجب احد الفرقاء عند إبرام العقد فإنَّ هذا العقد يكون باطلاً لانتفاء السبب، أما الحالة الثانية: إذا كان سبب العقد

---

(١) حكم محكمة تمييز العراق قرار رقم ٧٠٠ تاريخ ١٩٨٦/١٠/٢١ نقلاً عن د محمود الجبوري، المصدر السابق، ص١٠٩. وفي قرار آخر لمحكمة تمييز العراق جاء فيه (أن الإدارة ملزمة بمراعاة كون المال غير المنقول ملكاً لها مسجلاً في دائرة التسجيل العقاري باسمها، لأن البيع ألواقع على عقار لا تملكه يقع باطلاً) حكم محكمة تمييز العراق قرار رقم ١٢٥٥/هيئة أستئنافية /عقار/ ٢٠٠٤ تاريخ ٢٠٠٤/١١/٢٨ نقلاً عن. .هاتف كاظم جاسم، المصدر السابق، ص٨.

(٢) د. سليمان الطماوي، المصدر السابق، ص ٤٠٠

غير مباح، كأنْ يتم العقد لتحقيق هدف غير مباح، فإنَّ العقد برمته يكون باطلاً، وتحقيق هدف غير مباح، بالنسبة للإدارة يدخل ضمن إطار نظرية انحراف السلطة [١].

فالقواعد المنظمة لركن السبب الواجب توفره في كل عقد حسب ما جاء في القانون المدني العراقي واجبة التطبيق على العقد الإداري وهذا ما تقتضيه سلامة عقود الإدارة العامة، فالعقد يكون باطلاً إذا كان خالياً في حقيقته من سبب انعقاده أو إبرامه أو حتى إن كان موجود إلا إنه كان سبب باطلاً من حيث مخالفته لأحكام القانون أو كان مخالفاً للنظام العام والآداب العامة [٢]. وهذا ما سار عليه القضاء المصري [٣].

<u>المطلب الثاني: حرية الإدارة بالتعاقد</u>

تفرض التشريعات والأنظمة عدداً من الإجراءات التي تشكل قيوداً على حرية الإدارة التي ينبغي عليها إتخاذها قبل الشروع بالتعاقد، على هذا ينبغي بيان مدى حرية الإدارة بالتعاقد والقيود التي ترد على هذه الحرية، وسنتطرق إليهما في هاتين الفقرتين:

<u>الفقرة الأولى:</u> مبدأ حرية الإدارة بالتعاقد

<u>الفقرة الثانية:</u> القيود التي ترد على حرية الإدارة بالتعاقد

<u>الفقرة الأولى: مبدأ الحرية التعاقدية للإدارة</u>

إنَّ الحرية التعاقدية تشكل جوهراً من مقولة إنَّ تكوين العقد يجب أن يُترك بشكل كامل لإرادة أطرافه، وهذه الحرية يجب أنْ تكون حاضرة في كل لحظه وفي كل مرحلة من هذا التكوين، وذلك يتجلى خصوصاً من حيث حرية التعاقد أو عدم التعاقد، وحرية اختيار المتعاقد، وحرية اختيار محتوى العقد. وكما هو الأمر بالنسبة لكل حرية ، فإنَّ وجود الحرية التعاقدية يستوجب قانوناً ألاعتراف بها من جانب النظام السياسي، فالحرية لا تملك وجوداً بذاتها، كما إنَّ الحرية التعاقدية كمبدأ مجرد لا تهم في شيء.إذ إنه لا توجد حرية إلا ضمن الفلك القانوني، وإنَّ أساس وجود الحرية التعاقدية للأشخاص العامة يتوقف على وجوده كشخص قانوني كون هذه الصفة تجعل من وجوده القانوني قابلاً للقيام بأعمال منحها القانون له بموجب هذه الصفة وبالتالي تمنحه من ألاختصاصات التي يمنحها القانون له في سبيل تحقيق المصلحة العامة،

---

[١] د يوسف سعدالله خوري، المصدر السابق، ص ٤٦٦.

[٢] حيدر نجيب أحمد المفتي، المصدر السابق.

[٣] د. سعاد الشرقاوي، المصدر السابق، ص٢٥٦.

وهذه ألاختصاصات هي التي تشكل جوهر الشخصية القانونية للشخص العام، وهذا يستتبع أنْ يتمتع الشخص المعنوي بأهلية قانونية، وبإرادة، وذمة مالية مما يَجعلهُ قادراً على اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، وعلى التعاقد في حدود نظامه القانوني وهذا ما أكدَتهُ المحكمة الإدارية العليا في مصر حيث قَضَتْ بأنه (من ألأصول ألمسلمة أن الإدارة لا تستوي مع الأفراد في حرية التعبير عن ألإرادة، في إبرام عقود إدارية كانت أم مدنية، ذلك إنها تلتزم في هذا السبيل بإجراءات وأوضاع رسمها المشرّع في القوانين واللوائح) [1].

على هذا إنَّ حرية الإدارة بالتعاقد تعود إلى ما يقرره الشارع فقد جاء في حكم للمحكمة الإدارية في مصر (إن ألأصل في كيفية إبرام العقود الإدارية والتي يشتد فيها القيد على حرية الإدارة عند تعاقدها يرجع إلى أن الشارع هو الذي يستقل ببيان طريقة إبرام العقود العامة، وهو في هذا السبيل يسعى إلى إدراك هدفين كبيرين، الأول:تحقيق أكبر وفر مالي للخزانة العامة، وهذا يستلزم بداهة، التزام جهة الإدارة باختيار المتعاقد الذي يقدم أفضل الشروط والضمانات المالية، والثاني: . مراعاة المصلحة الإدارية، وذلك يتطلب بالطبع تمكين جهة الإدارة من أن تختار أكفأ المتقدمين لأداء الخدمة التي تحرص هي على تحقيقها)[2].

الفقرة الثانية: القيود التي ترد على حرية الإدارة بالتعاقد

هنالك قيود لا بد من أن تحترمها الإدارة وهي بصدد الإقدام على إبرام عقد إداري تكون بمثابة اشتراطات واجبة التوافر قبل إبرام العقد، وإذا كانت تلك القيود تشكل قيداً على حرية الإدارة في إبرام ما تشاء من عقود إدارية، إلا إنها تهدف في مجملها إلى تحقيق مصلحة عامة من خلال تعاقد سليم.

ونستعرضها بالشكل التالي:

النبذة الأولى: توفر الاعتماد المالي لدى الإدارة

النبذة الثانية: حصول الإدارة على ترخيص بالتعاقد

النبذة الثالثة:الاستشارات السابقة

---

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٤٥٦/٣٢٠ لسنة١٧ق ٥/٤/ ١٩٧٥د. مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٥، ص٣٤.

[2] حكم المحكمة ألقضاء الإداري، الدعوى رقم ٧٠٢٧-٨ق تاريخ ١٩٥٧/٤/١٤ نقلاً عن، حمدي ياسين عكاشة العقود الإدارية في التطبيق العملي، منشأة المعارف، ألإسكندرية، ١٩٩٨، ص١٠.

النبذة الأولى: تـوفر ألاعتماد ألمالي لدى الإدارة

إنَّ توافر الأموال يعدُ أحد الركائز المؤثرة في أداء وظائف الإدارة بصفة عامة، وفي إبرام عقودها وتنفيذها بصفة خاصة، فالإدارة مُقيدة في تصرفاتها وتعاقداتها بتوافر ألاعتماد ألمالي اللازم لهذه التصرفات والتعاقدات، ذلك الاعتماد الذي تقرره السلطة التشريعية وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا في مصر (إنَّ الإدارة نفسها مقيدة... بالاعتمادات المالية التي لا سلطان لها في تقريرها بل مرجع الأمر فيه إلى جهة أخرى هي السلطة التشريعية صاحبة ألاختصاص وحدها في ذلك)(١).

وترجع أهمية توافر الاعتماد المالي أيضا إلى أن توافره يُعد سبباً هاماً يؤدي إلى إزالة العراقيل والصعوبات أمام تحقيق التنمية ألاقتصادية التي تمثل الهدف الأساسي للإدارة، وذلك لأنَّ توافر الاعتماد المالي يؤدي إلى وفاء الإدارة بالتزاماتها مما يعمل على القضاء على الديون وتفاقمها، تلك الديون التي تُعد أبرز عائق أمام الإدارة يهدد التنمية الاقتصادية.وهذه المشكلة كانت من أهم ألمشكلات التي أدت إلى تعثر وفشل الكثير من الشركات بشكل عام وحتى شركات القطاع العام عن سداد مديونياتها مما أدى إلى تضخم أرصدتها الدائنة. وبالتالي يؤدي ذلك إلى انزلاق الإدارة إلى كل ما يعد سلوكاً معوقاً لسير المرافق العامة، عن طريق تراكم ديون الإدارة وعدم قدرتها على التخلص من الأعباء المالية المتراكمة (٢).

فوجود الاعتماد المالي للإدارة يعني إجازة السلطة التشريعية وإقراراً منها بالنفقات التي تروم الإدارة إنفاقها في مشاريعها، كما إنَّ وجود الاعتماد وتحديده لفقرات محددة فإنه يدل على عدم أمكانية الإدارة من الأنفاق على فقرات لم يتم أدراجها في الموازنة، أو تحقيق غاية غير الغاية التي من أجلها تم منحها الاعتماد وهذا ما نصت عليه المادة (٥٧) من قانون المحاسبة العمومية اللبناني (٣).

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٠٥ لسنة ١ ق، جلسة ١٩٥٥/١١/٢٦ مشار إليه في حمدي ياسين عكاشة، موسوعة القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، جزء ٢، ٢٠٠٠.

(٢) د. عمرو احمد حسبو، التطور الحديث لعقود التزام المرفق العام طبقا لنظام BOT، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.

(٣) المادة ٥٧ (لا تعقد نفقة إلا ذا توفر لها اعتماد في الموازنة، ولا يجوز استعمال الاعتماد لغير الغاية التي أرصد من أجلها). فقد رفض ديوان المحاسبة العمومية المشروع المعروض عليه (لكون الاعتماد المتوفر لا=

والمادة (٦) من قانون ديوان الرقابة المالية الاتحادي العراقي [1].

فالاعتمادات المالية في الموازنة أو التخصيصات المعتمدة في الموازنة هي (عملية رصد تقديرية لمبالغ نقدية من المتوقع صرفها خلال السنة القادمة كتكاليف للعمليات والأنشطة الحكومية المختلفة تعتمدها السلطة التشريعية بموجب قانون الموازنة ويخول هذا القانون السلطة التنفيذية الصرف من هذه الاعتمادات في الحدود المعينة، من ناحية الكم والغرض والفترة الزمنية، وذلك وفقاً للإجراءات المالية والأصول المحاسبية المقررة) [2].

فالاعتمادات المالية المدرجة في الموازنة لا يكفي أن تستخدم في الغرض الذي خصصت لتحقيقه، بل لابد أن يكون استخدامها بأداة قانونية صحيحة هذه الأداة هي التي تضمن كافة الإجراءات والشكليات التي يجب أتباعها لاستخدام الاعتماد المالي، والإجراءات والوسائل التي ينص عليها القانون، يجب اتباعها لتحقيق غرض معين، وعقود الإدارة كصورة من صور نشاط الإدارة تعتبر أداة قانونية تعتمد عليها الإدارة في استخدام الاعتماد المالي [3].

وبذلك يتضح إنَّ الاعتماد المالي مرتبط بالموازنة العامة للدولة [4]، التي تقرها السلطة التشريعية ويصدر بها قانون، وعلى الإدارة التقيد بما ورد فيها والصرف في حدودها وعدم تجاوزها خلال السنة المالية فلا يمكنُ للإدارة من التجاوز على المبالغ المحددة فيها، كما لا يمكنها من أنْ تنفق أموال على مشاريع لم يتم إدراجها في الموازنة ولكن هذا ما يثير مسألتين:

=يغطي كامل المبلغ المطلوب وكونه يخالف المادة (٥٧) المذكورة) قرار رقم ١٠٥٥/ر.م، ٢٠٠٣/٩/١٦، مجموعة استشارات واجتهادات ديوان المحاسبة لعام ٢٠٠٣، ص٤٧١.

[1] المادة ٦ (يتم فحص معاملات الأنفاق العام للتأكدَ من سلامتها وعدم تجاوزها للأعتمادات المقررة لها في الموازنة العامة الاتحادية للأغراض المحددة لها).

[2] جعفر ناصر عبد الرضا، القرار الإداري المعلق على شرط، رسالة ماستر، جامعة بيروت، ٢٠١١، ص٦٣.

[3] د. مصطفى كامل محمد علي، الشروط والإجراءات السابقة على عمل السلطة المتعاقدة وآثارها على عقود الإدارة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص١٥٨.

[4] الموازنة العامة هي (صك تشريعي تُقدر فيه نفقات الدولة وارداتها عن سنة مقبلة وتُجاز بموجبه الجباية والأنفاق) المادة (٣) من قانون المحاسبة العمومية اللبناني.

المسألة الأولى:إذا كانت الموازنة تمثل تقديراً لنفقات الدولة لسنة مقبلة، فما هو موقف الإدارة عندما تجد إن الكلفة الحقيقية للمشروع تزيد عن الكلفة التقديرية له في الموازنة (أكثر من الاعتماد المالي المخصص له؟....كذلك هل يمكن للإدارة أن تتعاقد في مشاريع استجدت لها خلال السنة، أي لم تكن في الحسبان أبان إعداد الموازنة (غير متوقعة، وبالتالي ليس لها اعتماد مالي) ؟

المسألة الثانية:هنالك من المشاريع التي تبغي الإدارة إقامتها، خاصة المشاريع الكبيرة ذات المدة الطويلة مما يتطلب تعاقد الإدارة لمدة تتجاوز السنة المالية المحددة في الموازنة على الرغم من إنَّ الاعتمادات المالية تحدد التعاقد لمدة سنة، فكيف تتعامل الإدارة مع هذه المشاريع؟

فيما يخص المسألة الأولى: كثيراً ما تواجه الدولة هكذا مشاريع خلال السنة التي تم أقرار الموازنة فيها، ونظراً لعدم أمكانية الإدارة من إنفاق أموال عليها إلا بموجب قانون صادر من السلطة التشريعية لذلك تلجأ الدول إلى حل هذه المشكلة من خلال رصد أموال خاصة تعالج هذه المشكلة (كون الدولة عندما تضع الموازنة العامة لها تخصص من الأموال في أحد أبواب الموازنة لتوقع هكذا مشاريع).

ففي لبنان فإن قانون المحاسبة العمومية عالج هذه المشكلة من خلال (الاعتمادات الإضافية) حيث أوضح بإنها تكون على نوعين [١]:

١. الاعتمادات التكميلية :وهي التي تكمل اعتمادات موجودة أصلاً في الموازنة لكنها غير كافية للمشاريع التي تنوي الإدارة تنفيذها.
٢. الاعتمادات الاستثنائية: وهي التي تفتح في الموازنة لتلبية حاجات معينة لم تكن بالحسبان عند أعداد الموازنة (غير متوقعة).

وبذلك تبين في هذه المادة، كيفية تعامل الإدارة مع هكذا حالات (التي تزيد كلفتها عن القيمة التقديرية، والحالات الغير متوقعه) ونظراً لضرورة أن يتم موافقة السلطة التشريعية على هكذا نفقة والتصديق على هذه الإعتمادات الإضافية، ولمراعاة المرونة والسرعة فقد سمحت القوانين المالية في لبنان أن تلجأ الإدارة إلى الاعتمادات الإضافية دون الحصول على موافقة مسبقة من السلطة التشريعية ولكن في حالات محددة [٢].

---

[١] المادة (١١) من قانون المحاسبة العمومية اللبناني.

[٢] ينظر المادة (٨٥) من الدستور اللبناني.

فيما يخص المسألة الثانية هنالك اتجاهين في معالجتها:

ألاتجاه الأول:عالج هذه المسألة من خلال أساليب متعددة(الموازنة لمدة سنتين، الاعتمادات المفتوحة لبضع سنوات، الاعتمادات المدورة) (١).

من هذا يتضح أن هذه الاتجاه يعتمد على كون الاعتمادات التي تم اعتمادها واردة ضمن الموازنة التي تم المصادقة عليها من قبل السلطة التشريعية بصورة عامة مع بقية النفقات التي تم إقرارها للحكومة ومن ثم التعامل مع النفقات المطلوبة حسب طريقة كل أسلوب.

الاتجاه الثاني: عالج هذه المسألة من خلال قوانين البرامج

إن هذا الاتجاه قد ظهر بسبب توسع أعمال الحكومة لإنشاء مشاريع كبيرة ولغرض أستحصال موافقة البرلمان عليها من خلال رصد الأموال اللازمة لها والإنفاق عليها خلال السنة المقبلة، والتي يتطلب الأنفاق عليها بمبالغ ضخمة ولسنوات عديدة مثل (مشاريع الطرق ومشاريع الكهرباء)، فقامت الدول بوضع قوانين برامج خاصة لتنفيذ هذه المشاريع.وإن الفكرة من هذه القوانين هو أن يصدر قانون يرسم برنامجاً لمشروع يتطلب تنفيذه زمناً يتجاوز السنة، مع تحديد النفقات الكلية للمشروع، ويجيز القانون للحكومة الارتباط على المشروع كله، أو على مرحلة كبيرة منه تتجاوز مدة السنة، على أن لا يدرج في ميزانية كل سنة إلا جزء من النفقات هو نصيب تلك السنة من نفقات المشروع الكلية وقد طُبق هذا الأسلوب في فرنسا حيث درج المشرّع على أن يقرر، في قوانين البرامج، الإذن للحكومة بالارتباط على المشروع كله أو في أي وقت(٢).

وفي سياق هذا الموضوع فقد رفض ديوان المحاسبة اللبناني الموافقة على المشروع المعروض عليه حيث جاء في قراره (إنَّ الاعتماد المتوفر في موازنة البلدية لعام ٢٠٠٣ لا

---

(١) (١. الموازنة لمدة سنتين/حيث تعتبر طريقة ناجحة لمعالجة المشاريع التي تتجاوز نفقاتها السنة ولكن عدم إمكانيتها مواكبة تغيرات المجتمع الاقتصادية من خلال تقدير النفقات والواردات وهي تختلف عن التي مدد العمل بها لسنة تالية التي تعتبر في الأصل موازنة لمدة سنة. ٢. الاعتمادات المفتوحة لبضع سنوات/ أوجدت السلطة التشريعية هذه الاعتمادات لمعالجة حالة تكرار النفقات التي بمثابة اعتمادات ثابتة مثل نفقات العائلة المالكة أو نفقات البلاط التي يجزها البرلمان لفترة حكم كاملة.٣. الاعتمادات المدورة / وهذه الاعتمادات ترتكز على عدم سقوط الاعتمادات المرصدة لمشاريع معينة وإنما نقلها أو تدويرها لموازنة السنة التالية أي تمديد الإذن بالأنفاق إلى ما بعد المدة المعطاة من أجلها.) ينظر د. فوزت فرحات، المالية العامة، ص٧٧.

(٢) محمود عاطف البنا، الموازنة العامة وتنفيذ البرامج الطويلة الأمد، المنظمة العربية للعلوم الإدارية، ١٩٧٠، ص١٦.

يغطي كامل المبلغ المطلوب، وإنَّ برنامج الدفع يخالف أحكام المادة ٥٧ من قانون المحاسبة العمومية، وبما إنَّ الدفع عن عدة سنوات من موازنات متعددة يستلزم صدور قانون خاص (قانون برنامج) وهو الأمر غير المتوفر في المعاملة ويتعين بالتالي عدم الموافقة على المشروع) [١].

وفي لبنان أتُبِعَت قاعدة تدوير الاعتمادات كحالة استثنائية لمبدأ سنوية الموازنة حيث إن معظم الاعتمادات التي تدور في لبنان من سنة إلى أخرى تتعلق باعتمادات التجهيز والإنشاء السنوية لأكثر من سنة [٢].

وبخلافه فإن ديوان الحاسبة العمومي يرفض المشاريع التي لا تدخل اعتماداتها السنوية ضمن الاعتمادات التي تدور إلى سنة أخرى [٣].

أما المشرّع العراقي فقد حدد في الموازنة الاتحادية لعام ٢٠١٣ في المادة (٣) بعدم الجواز للإدارات بالتعاقد أو الدخول بالتزامات تتجاوز ما هو محدد في الموازنة ولكن جاء في المادة (٥)منها بإمكانية الحكومة من الصرف على المشاريع الضرورية التي لم تخصص لها أو الحاجة إلى مبالغ إضافية من (احتياطي الطوارئ) وحسب الشروط المحددة في القانون [٤].

والمشرّع المصري أجاز للسلطة التنفيذية في إبرام عقود متعلقة بالتوريدات والخدمات الضرورية لمدة تتجاوز السنة المالية بشرط ألا يترتب على ذلك زيادة عما هو مدرج في موازنة السنة المالية التي يتم فيها التعاقد حتى لا تضاف أعباء جديدة على عاتق الموازنة في السنوات المالية التالية [٥].

---

(١) قرار ديوان المحاسبة رقم ١٠٥٥/ر م، ٢٠٠٣/٩/١٦، مجموعة آراء واجتهادات الديوان لعام ٢٠٠٣، ص٤٧١.

(٢) وهذا ما نصت عليه المادة ١١٤ من قانون المحاسبة العمومية المعدلة بموجب المادة ٤٨٥ من قانون رقم ٨٩ تاريخ ٧/٩/ ١٩٩١.. (١ . تلغى الاعتمادات التي لم تعقد حتى ٣١/ كانون أول من السنة. ٢. تدّور إلى الموازنات اللاحقة :أ. الاعتمادات المرصدة في البنود ٢٣، ٢٢، ٢١ من الجزء الثاني من الموازنة واعتمادات الجزء الثالث منها، سواء أكانت معقودة أم لا، وذلك حتى نفاذها أو أنجاز الأعمال التي رصدت لها.ب . الاعتمادات المرصدة في الجزأين الأول والثاني التي عقدت ولم تصرف حتى ٣١ /كانون أول من السنة، إذا كان يتعلق بها حق للغير، وكذلك إذا كانت تعود لأشغال بالأمانة بوشر بها فعلاً قبل آخر السنة).

(٣) قرار رقم ١٥/ر م، ٢٠٠٥/١/١١، مجموعة أراء واجتهادات الديوان لعام ٢٠٠٥، ص٤٨١.

(٤) ينظر المادة (٥، ٣) من قانون الموازنة الاتحادية العراقيةرقم٧ لعام ٢٠١٣.(www.iraq-ig-law.org)

(٥) ينظر المادة (٣٦) من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة١٩٩٨.

ولكن السؤال الذي يطرح هنا ما حكم العقد الإداري في حال إبرامه من قبل الإدارة من دون توفر اعتماد مالي؟

ففي لبنان إذا تعاقدت الإدارة وعدم توفر الاعتماد اللازم في الموازنة لتأمين ما يترتب عليه من نفقات في ذمة الإدارة، لا يعيبه أو يؤثر في صحته، ويحق للمتعاقد مع الإدارة إلزامها بالتنفيذ تحت طائلة مسؤوليتها بالتعويض وذلك لأنَّ تأمين الاعتماد من شأنها هي وحدها وليس للمتعاقد أي خطأ في هذا الأمر [1]. وقدْ رفضَ ديوان المحاسبة العمومية الموافقة على المشاريع التي لا يتوفر لها الاعتماد الكافي لها وعدم مخالفة المادة (٧٥) من قانون المحاسبة العمومية[2].

أما في العراق فإن النصوص القانونية لا تسمحُ للأجهزة الإدارية من غير أن تتوافر لها التخصيصات المالية اللازمة للمشروع المزمع تنفيذه، فالعقد الذي يبرم من غير أن يتوافر له اعتماد مالي يفيد إنَّ محل العقد لم يكن مرسوماً ضمن إطار الخطة، ومن ثم فإنَّ انعقاده يكون موقوفاً على من يملك قرار إجازته صراحة أو دلالة، فإن لم يصدر ما يدل على إجازته فإنه يعد باطلاً، وعندئذ يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد، ولكن إذا نتجت عن هذه العملية آثار عملية نتيجة لتنفيذه أو تنفيذ جزء منه بسبب خطأ الجهة الإدارية التي لم تحترم القيود المالية المفروضة عليها، فإنها تتحمل كافة التعويضات اللازمة عن الأضرار التي لحقت المتعاقد على أساس الخطأ التقصيري وليس على أساس الرابطة التعاقدية[3].

وهذا ما أكدَه ديوان الرقابة المالية الاتحادي العراقي في تقاريره السنوية [4].

ووفقا للنظرية الفرنسية والتي تسري في مصر، إنَّ القانون المالي مستقل عن القانون الإداري ويترتب على ذلك هو إنَّ جزاء مخالفة القواعد المالية مقصور على نطاق القانون المالي، ويرتب القضاء الفرنسي على الفصل بين مجالي كل من القانونين المالي والإداري نتيجتين:

---

(1) د. يوسف سعدالله، المصدر السابق، ص٤٥٣.

(2) فقد رفض ديوان المحاسبة العمومية المشروع المعروض عليه (لكون الاعتماد المتوفر لا يغطي كامل المبلغ المطلوب وكونه يخالف المادة (٥٧) المذكورة) قرار رقم ١٠٥٥/ر.م، ٢٠٠٣/٩/١٦، مجموعة استشارات واجتهادات ديوان المحاسبة لعام ٢٠٠٣، ص٤٧١.

(3) د. فاروق خماس، المصدر السابق، ص٧٥

(4) تقارير ديوان الرقابة المالية الإتحادي السنوية للأعوام (٢٠١١، ٢٠١٠، ٢٠٠٩) (قيام الدوائر بصرف مبالغ دون توفر الاعتماد المالي اللازم لها، وتبويب بعض المصاريف في غير الأبواب المخصصة لها).

النتيجة الأولى: إنَّ مخالفة الإدارة للقواعد الخاصة بالاعتماد المالي لا يترتب بطلان التصرف الإداري ومن ثم إنَّ الإدارة إذا تعاقدت بالرغم من عدم وجود اعتمادات مالية فإنَّ العقد يكون سليماً وملزماً للإدارة في مواجهة الأفراد، سواء أكان الاعتماد غير موجود كلية أو كانت الالتزامات التعاقدية تزيد على المبلغ المسموح به.

النتيجة الثانية: إنَّ اعتماد المبالغ اللازمة للتعاقد، في الحالات التي يتعين فيها على جهة الإدارة المتعاقدة الحصول على هذا الاعتماد مقدماً، لا يلزم الإدارة بالتعاقد، وذلك سواء أكان الاعتماد يصدر بصورة قانون من البرلمان، أو قرار من مجلس من المجالس، ففتحُ اعتماد ليس إلا مردُ أذن غير ملزم للصرف (١).

فالإدارة يجب عليها قبل الشروع بالتعاقد أنْ تتأكدَ من نطاق اختصاصها، فالقانون الإداري يحدد اختصاص الإدارة النوعي بالنسبة للعقود، فبموجب قواعد الاختصاص تتقرر صلاحية الوحدات الإدارية بالتعاقد، وبموجب القانون المالي يتحدد مقدار الصلاحيات المالية مثل أوامر الصرف على تنفيذ العقود التي تبرمها تلك الوحدات على إنَّ أوامر الصرف التي يحددها القانون المالي يجب أنْ تتقرر ابتداءاً من لحظة الموافقة على إبرام العقد ما دامت قد خُصصت له كاعتماد محدد في الميزانية (٢).

النبذة الثانية : حصول الإدارة على تصريح بالتعاقد

تتحددُ هذه الصلاحية بموجب أحكام القانون أو وفقاً للمبادئ القانونية العامة لذلك فإنَّه لهذا الاختصاص عناصر تتمثل (أولاً) بالعنصر الشخصي ويتمثل ذلك بتحديد الأفراد الذين يجوز لهم دون غيرهم إبرام التصرف القانوني. (ثانياً) العنصر الموضوعي الذي يتجسد من خلال تحديد الأعمال أو التصرفات موضوع الاختصاص، والتي يجوز ممارستها من قبل الموظف المختص أو من جانب جهة إدارية ما. (ثالثاً) العنصر الزماني، الذي يقصدُ به تحديد المدى الزمني الذي يجوز ضمنه إبرام التصرف القانوني. (رابعاً) العنصر المكاني والذي يعني تحديد الدائرة المكانية التي يمكن لرجل الإدارة المختص أنْ يمارس اختصاصه ضمنها.إنَّ

---

(١) د. سليمان الطماوي، المصدر السابق، ص٣٤٠

(٢) عبداللطيف نايف عبداللطيف الجبوري، التنظيم القانوني للمفاوضات في العقود الإدارية، رسالة دكتورا، جامعة بغداد، ٢٠٠٦، ص٢٦

التصريح بالتعاقد يعد إجراءاً أساسياً لصحة الرابطة التعاقدية، وهو يهدف بصفة عامة إلى حماية موارد الدولة المختلفة ومصروفاتها، وتحقيق مبدأ الرقابة على هذا المورد [1].

حيث إنَّ اشتراط المشرّع لضرورة الحصول على هذا التصريح بالتعاقد يكون ضرورياً لقيام الروابط العقدية، بمعنى إنَّ تعاقد الإدارة دون الحصول على هذا التصريح يؤدي إلى بطلان العقد بطلاناً مطلقاً وبالتالي لا يستطيعُ المتعاقد مع الإدارة أنْ يتمسك به في مواجهة الإدارة في هذه الحالة، ومن ثم لا يكون أمامهُ سوى مطالبة الإدارة بتعويض عما لحقَهُ من ضرر نتيجة لتعاقدها معهُ مع خلاف ما يقضي به القانون " [2].

والتصريح بالتعاقد يأخذ صورتين في الواقع :

١-تصريح بالتعاقد من السلطة التشريعية.

حيث هنالك من العقود التي لا يمكن للإدارة أنْ تبرمها إلا بعد موافقة السلطة التشريعية وغالباً ما ترد هذه العقود في الدستور وذلك لأهميتها وتعلقها بثروة البلاد أو تأثيرها المباشر على اقتصاد البلد وهذا نلاحظه في المواد (٨٨، ٨٩) من الدستور اللبناني، والمواد (١٢٣، ١٢٢، ١٢١) من الدستور المصري، والمادة (٨٩١) من القانون المدني العراقي.

٢-تصريح بالتعاقد من السلطة التنفيذية.

يلزم لإبرام العقود الإدارية الرجوع إلى سلطة إدارية أعلى من السلطة المكلفة بإبرام هذا النوع من العقود وذلك كما هو مقرر في العلاقة بين الإدارة المركزية والإدارة اللامركزية، حيث تتمتع الإدارة اللامركزية بالشخصية ألاعتبارية سواء كانت هيئات لا مركزية إقليمية أو مصلحيه، وهذه الهيئات تدار بواسطة مجلس شعب إذا كانت هيئات لا مركزية أقلميه، وبواسطة مجلس إدارة إذا كانت هيئات لا مركزية مصلحية، فلايستطيع رئيس مجلس الإدارة في الهيئة أللامركزية المصلحية أن يتعاقد إلا إذا صدر قرار من المجلس بالتعاقد [3].

على هذا قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمهِ الصادر في فبراير سنة ١٩٨١ أن (المجلس البلدي لم يصرح للعمدة بالتعاقد، كما إنه لم يصدق على إجراءات التعاقد التي قام

---

[1] د. مهند مختار نوح، المصدر السابق، ص٢٧١.

[2] د. ياسر احمد كامل، النظام القانوني لعقد بوت، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ص ٨٣.

[3] د. محمد عبد العال السناري، طرق وأساليب التعاقد الإداري وحقوق والتزامات المتعاقدين (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص ٧.

بها.... حيث لا يوجد عقد سليم فلا تكون هنالك أي رابطة عقدية تسمح للسيد (BROISIN) أن يتمسك بها وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي في أحكام أخرى إلى عدم قيام الرابطة العقدية لغياب ألإذن بالتعاقد حتى ولو قامت سلطة الوصاية بالتصديق على العقد(١).

جاء في القانون المدني اللبناني، كل فرد أتم الثامنة عشرة من عمره أهل للتعاقد ما لم يصرح بعدم أهليته بموجب نص قانوني (م ٢١٥ موجبات وعقود)، وبالتالي لا يحتاج إلى أية إجازة مسبقة من أية جهة أخرى للتعاقد مع الآخرين، أما أهلية الموظف في القانون الإداري فلها شأن آخر، إنها عبارة عن صلاحية قانونية تمنح له لهذه الغاية فأما أن يكون مرجعاً صالحاً لإبرام العقد ويقال عندئذ بإنه أهل لذلك، وإما أن يكون مرجعاً غير صالح وعندئذ يكون مفتقراً إلى عنصر الأهلية، ولذا، وتأميناً لهذا العنصر الجوهري العام، لا تستطيع الجماعة العامة أو الإدارة إبرام بعض العقود إلا بعد الإستحصال على ترخيص مسبق يجيز التعاقد، صادر عن الجهة الصالحة، فالترخيص، وإن حصل، لا يلزم الموظف بإبرام العقد، فهو يبقى حراً بالتعاقد أو بعدم التعاقد. أما القرار، فله الصفة الإلزامية، إنه يُلزم الموظف بالتعاقد فلا يعود يتمتع بحق الخيار، وهذا النوع من القرارات ضروري عندما تكون هيكلية الجماعة العامة قائمة على هيئتين (تقريرية وتنفيذية) فرئيس البلدية ملزم بإبرام العقد الذي قرره المجلس البلدي والإبرام يجب أنْ يتم بالشروط المقررة في متن القرار (٢).

ولكن ما هو ألأثر القانوني إذا تعاقدت الإدارة بدون ألحصول على التصريح بالتعاقد؟

إنَّ القوانين تستلزم ضرورة حصول الجهة الإدارية المنفذة للمشروع أو الأعمال على تصريح بالتعاقد من جهات إدارية عليا يحددها القانون، الأمر الذي يجعل الجهة الإدارية المنفذة ليست أهلاً للتعاقد من غير ذلك التصريح، فإنَّ قيام الجهة الإدارية بالتعاقد من غير الحصول على الإذن المسبق من الجهات الإدارية العليا الذي فرضه القانون، يؤدي إلى بطلان العقد بطلاناً مطلقاً، ذلك أن القواعد الخاصة بالحصول على تصريح بالتعاقد من النظام العام ومن ثم لا يجوز العمل على خلافها (٣).

---

(١) د. مجدي عز الدين يوسف، مبدأ أولوية المسؤولية العقدية في مجال مسؤولية أشخاص القانون العام، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الرابع، ١٩٩٦، ص ٣٥٢.

(٢) د. يوسف سعدالله، المصدر السابق، ص٤٦٢.

(٣) د. فاروق احمد خماس، المصدر السابق، ص٧٥.

إنَّ القواعد الخاصة بضرورة التصريح السابق في الفقه الفرنسي، هي قواعد متعلقة بالنظام العام لقيامها على أسباب جوهرية تتصل بالصالح العام اتصالاً وثيقاً، ومن ثم لا يمكن مقارنتها بالقواعد المقررة لحماية ناقصي الأهلية في القانون الخاص وبهذا المبدأ أخذ قسم الرأي لمجلس الدولة المصري إنَّ تعاقد الإدارة على استغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية بلا إذن سابق من البرلمان يجعل الترخيص باطلاً بطلاناً مطلقاً [1].

والفقه اللبناني يذهب إلى إنَّ الحصول على الترخيص أمر ضروري وواجب إذا فرضه القانون وإلا كان العقد معيوباً وباطلاً بطلان مطلقاً، وأي ارتباط مع الإدارة غير مرخص لها بالتعاقد لا يكون ارتباطا تعاقديا، إنما هذا لا يعني عدم مسؤولية الإدارة فبوسع المرتبط معها على هذا النحو أنْ يقاضيها ويطالبها بالتعويض عليه عن الضرر الذي يكون قد لحق به وذلك إما استناداً إلى نظرية الخطأ المرفقي أو بألاستناد إلى نظرية الكسب غير المشروع التي تمنع الإدارة من ألإثراء على حساب المتعاقد معها، أما بالنسبة للقرار، فإن قيام السلطة التنفيذية بالتعاقد دون الحصول عليه مسبقاً من الهيئة أو السلطة التقديرية، يجعل العقد باطلاً وغير ذي مفعول، وليس من شأن تصديق سلطة الوصاية عليه تغطية العيب و الحؤول دون بطلانه [2].

هذا وأن احترام قواعد المشروعية، التي تقضي بخضوع جميع السلطات العامة في الدولة للقانون بمعناه الواسع الذي يشمل النصوص الدستورية والقوانين واللوائح والعرف والمبادئ العامة للقانون، توجب توافر التصريح بالتعاقد عندما يأمر المشرّع به، سواء كان هذا الأمر في صورة تشريع دستوري أو تشريع عادي وبالتالي فإنَّ التصريح بالتعاقد، عندما يوجبه المشرّع يُعتبر شرطاً لازماً لصحة العقد ولا تتم الرابطة التعاقدية إلا بتوافره [3].

ومنْ جانب آخر إنَّ مسؤولية الإدارة لا تقوم كاملة دائماً في أحوال قيامها بإبرام العقد بدون توافر الإذن بالتعاقد، حيث تتحقق تلك المسؤولية بقدر مساهمة خطأ المتعاقد معها بل قد تُعفى الإدارة كلياً من المسؤولية، حيث يتوقف الأمر على ظروف كل دعوى، وقد جرى مجلس الدولة الفرنسي على اعتبار إنَّ إقدام المتعاقد على إبرام العقد مع الإدارة دون توافر ألإذن بالتعاقد يمثل أيضا خطأً من جانبه يقتضي التخفيف من مسؤولية الإدارة أو إعفائها تماماً. فقد قضى

---

[1] د. سليمان الطماوي، المصدر السابق، ص٣٤٢

[2] د. يوسف سعدالله، المصدر السابق، ص٤٥٣.

[3] د. مصطفى كامل محمد علي، المصدر السابق، ص٤٨٢.

مجلس الدولة الفرنسي (بأن عمدة إقليم CHASSIEU قد قام من جانبه بإصدار أمر إلى السيد LAURENT بأعداد مشروع أنشاء.. ... دون أن يحصل على أذن بالتعاقد من المجلس البلدي ودون أن يتم التصديق على التعاقد. ومن ناحية أخرى فإنَّ السيد LAURENT لم يُثبتْ إنَّ الدراسات التي قام بها قد عادت بفائدة حقيقية على بلدية CHASSIEU ومن ثم فإنَّه لا يستطيع أنْ يحصل على مقابل النفقات التي تحملها في أعداد تلك الدراسة إلا إنْ عمدة هذا الإقليم قد أرتكب خطأ من شأنه أنْ يقيم مسؤولية بلدية CHASSIEU لقيامها بدعوة السيد LAURENT للبدء في تنفيذ بعض الأعمال دون أنْ يحصل على الإذن بالتعاقد من البلدية مع مراعاة أن السيدLAURENT قد أرتكبَ هو الآخر خطأ من جانبه لقيامه بالبدء في تنفيذ ألأعمال دون أن يتوافر ألإذن بالتعاقد، ومن ثم تتخفف مسؤولية الإدارة بقدر مساهمة خطأ السيد LAURENT)[١].

النبذة الثالثـة: ألاستشارات السابقة

ألزمَ المشرّع في بعض الأحيان السلطة المتعاقدة القيام باستشارة بعض الجهات، وذلك قبل إقدامها على التعاقد، وتهدف الاستشارات السابقة باعتبارها إجراء من الإجراءات السابقة على عمل السلطة المتعاقدة إلى عدة اعتبارات[٢] :

١. **(اعتبارات قانونية)**:وذلك لتلافي المخاطر القانونية التي تتعرض لها الإدارة نتيجة وجود بعض الأخطاء القانونية التي قد تتعلق ببنود العقد، والتي قد تؤدي إلى إثارة المسؤولية التعاقدية للإدارة، فالاستشارات السابقة في بعض الأحيان تهدف إلى سلامة صياغة العقود بما يحقق المصلحة العامة للإدارة وعدم تعرضها للمسؤولية، وذلك عن طريق إيضاح النقاط القانونية بمعرفة الجهات المتخصصة التي تمس العقد للقائمين على العملية التعاقدية قبل ألإقدام على إبرام العقد. بما يؤدي إلى تنوير السلطة المتعاقدة بالنقاط القانونية التي تمس العقد قبل الإقدام على إبرامه، ويمنع إثارة أية نقاط قانونية قد تكون في غير صالح السلطة المتعاقدة.

---

(١) د. مجدي عز الدين يوسف، المصدر السابق، ص٣٥٤، CE 12 mai 1939. Commune de chass ieu. rec1940. p310

(٢) د. مصطفى كامل محمد علي، المصدر السابق، ص٢٧.

٢. **(اعتبارات فنيـة):** وذلك لضمان كفاءة المنتجات التي يتم التعاقد عليها، خاصة إذا كانت هذه المنتجات من الآلات، فتهدف الاستشارات السابقة إلى التأكد من عمل هذه الآلات على أكبر قدرة إنتاجية والتأكد من سلامتها من الناحية الفنية.

٣. **(اعتبارات اقتصادية):** تهدف إلى تفادي قيام السلطة المتعاقدة بإبرام عقود قد تؤثر على ألاقتصاد القومي، أو قد تكون مُخالِفة للخطة العامة للدولة.

٤. **(اعتبارات مالية):**التأكد من ضمان توافر الإعتمادات ألمالية ألىلازمة للتعاقد والتأكد من أدراجها في الموازنة وفقا للقوانين المالية المقررة.

حيث إنَّ السلطة الإدارية تلجأ إلى الاستشارة لغرض توسيع آفاقها بآراء من جهة متخصصة قبل اتخاذ القرار، أو الحاجة إلى أفكار جديدة مبتكرة لمعالجة مواقف أو ممارسات قائمة تحتاج إلى أكثر من رأي فالإدارة اليوم أصبحَ عليها من الصعب أنْ تتخذ قراراً في موضوع معين و ألاطمئنان إلى صحة هذا القرار استناداً إلى آراء محددة بها، بل إنها تحتاج إلى نصيحة وآراء المتخصصين واستشاراتهم في مجالات تخصصاتهم المختلفة، والتي تكمل عملها وتعطيها من المقترحات والبدائل ما يجعلها مطمئنة تماماً في اتخاذ القرار الصحيح (١).

من هذا يتضح إنَّ الرأي الاستشاري هو أجراء يستوجب التعبير عن رأي جهة إدارية مختلفة عن تلك الجهة المختصة أصلاً باتخاذ القرار، وذلك بقصد تنوير هذه الأخيرة بالكيفية وبالأساليب التي تكفل لها حسن ممارستها لسلطتها، وفقا لما تراه في طلب الاستشارة مع النصوص القانونية التي تحكم العملية التعاقدية لغرض الوصول إلى أفضل ممارسة تعاقدية خالية من المخالفات التي قد تكون الإدارة بعيدة عن ملاحظتها.

١. أنواع الاستشارات:

ألاستشارات السابقة من حيث قوتها ألإلزامية، تنقسم إلى نوعين:

أ. استشارات سابقة غير ملزمة

حيث يُلزِمُ المشرِّع السلطة المتعاقدة اللجوء إلى طلب استشارة، دون أن تتقيد بمضمونها فضرورة تقديم طلب الحصول على الاستشارة شيء، بينما عدم الالتزام بالاستشارة شيء آخر.

---

(١) د. نادر أحمد أبو شيخه، الاستشارات الإدارية، دار المسيرة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠، ص٢١..وينظر ياسين كريم محمد الحلفي، الهيئات الاستشارية ودورها في اتخاذ القرار، رسالة ماستر، جامعة بغداد، ١٩٩٠، ص١٥٢.

فإذا ما ألزم المشرّع السلطة المتعاقدة باستشارة جهةَ ما قبل إجراءات التعاقد، فيجب عليها استيفاء هذا ألأجراء، إلا إنها في هذا النوع من ألاستشارات لا تكون ملزمة برأي جهة استطلاع الرأي. و هذا هو الأصل في كل حالة لا ينص فيها المشرّع على غير ذلك [1].

حيث إنَّ الأصل أنْ تكون الاستشارة غير ملزمة في كل حالة لم ينصْ فيها المشرّع على غير ذلك، ولكن عدم ألالتزام بالاستشارة موضوعياً شيء، وضرورة الحصول على رأي شيء آخر، فإذا فرض المشرّع على الجهة المتعاقدة الإستشارة قبل التعاقد فإنها تغدو ملزمة باستيفاء هذا ألإجراء وإلا كان القرار الصادر منها باطلاً [2].

وقد قررت الجمعية العمومية لقسمي الفتوة والتشريع لمجلس الدولة المصري إنه (لما كانت مراجعة العقود لمجلس الدولة إنما أراد بها الشارع مجرد طلب الرأي فيما تجريه الجهة الإدارية من العقود دون أن تكون ملزمة بمخالفتها، لم يقرن المشرّع هذا بجزاء ما ولم يرتب البطلان على مخالفته، وبالتالي لم يجعل منه ركناً أو شرطاً لانعقاد العقد أو صحته، فلا تؤثر هذه المخالفة على صحة العقد خاصة وقد تعلقت به حقوق الغير المتعاقد مع جهة الإدارة، وهو غير مسئول عن مخالفتها لأحكام القوانين المنظمة لعملها). و بناءاً على ذلك فإنَّ هذا النوع من استشارات التي تلتزم فيه الإدارة بتقديم طلب ألاستشارة دونَ أنْ تلتزم بمضمونها لا يُعدْ قيداً سابقاً على عقود الإدارة [3].

ب. ألاستشارات السابقة الملزمة

إنَّ هذا النوع من ألاستشارات يختلف عن النوع السابق في وجوب طلبها وفي وجوب أتباعها، وهذه ألاستشارة تعدْ من النظام العام، بحيث يستطيع القاضي أنْ يثير هذه الناحية من تلقاء نفسه أثناء نظر الدعوى، فالإلزام هنا من حيث الشكل ومن حيث المضمون، فالرأي ألاستشاري يكون موضوع القرار ولا يجوز للإدارة أن تغير من قرارها محتوى الرأي ألاستشاري، وبالتالي فإنَّ الرأي ألاستشاري هو الذي يحدد القرار الإداري وليسَ العكس [4].

---

[1] د. مصطفى كمال محمد علي، المصدر السابق، ص٤٥.

[2] د. سليمان الطماوي، المصدر السابق، ص٣٦١، حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٩/نوفمبر/١٩٣٤، في قضية (TamataveCommerce deCHambre de) منشور في مجموعة ,دالوز، سنة١٩٣٧

[3] فتوى رقم ٣٠٨/٦/٨٦ جلسة ١٩٨٥/٦/٢٦ .نقلاً عن د. مصطفى كمال محمد علي، المصدر السابق، ص ٤٨٥.

[4] ياسين كريم محمد الحلفي، المصدر السابق، ص١٥٨.

فالإدارة في هذا النوع من ألاستشارة ملزمة من الناحيتين العضوية والموضوعية، بمعنى إنَّ الإدارة المختصة ملزمَة بطلبه من الجهة التي حددها القانون، وملزمَة بالأخذ بمضمون الرأي الذي تقدمه هذه الجهة (١).

إنَّ المشرّع عند إلزامه للسلطة المتعاقدة اللجوء إلى طلب استشارة جهات معينة، ويلزمها في ذات الوقت بأنْ تتقيد بمضمون ألاستشارة، وتستمد القوة الملزمة في هذا النوع من ألاستشارات من نصوص قانونية، وعليه فإنَّه احتراماً لقواعد المشروعية فإنَّ الإدارة تكون في هذا النوع من ألاستشارات ملزمَة بالأخذ بمضمونها، وذلك مثل التصريح بالتعاقد، والالتزام باللجوء إلى طلب الاستشارة والالتزام بمضمونها عندما يتطلب المشرّع ذلك يكون شرطاً لازماً لصحة العقد، ومن ثم تُعتبر مثل هذه الاستشارات قيداً سابقاً يجب أن تلتزم به السلطات المتعاقدة قبل إبرام عقودها (٢).

لذلك فإنَّ الرأي ألاستشاري الملزم للإدارة يتمثل في تنوير السلطة المختصة بإبرام العقد بكامل النقاط الواقعية والقانونية التي تمس هذا العقد قبل الإقدام على قرار إبرامه، فإذا أتخذ قرار ألإبرام هذا فإنَّ العقد يكون قد أكتمل من حيث الوجود القانوني بكل إيجابياته وسلبياته، مما يمتنع بعدها إثارة أية نقاط تعاقدية قد تكون في غير صالح الإدارة المتعاقدة، لأنَّ الرجوع عن بعض المسائل التي يحكمها العقد بعد إبرامه، قد يأخذ حكم النكول عن ألالتزامات العقدية، مما يثير المسؤولية التعاقدية للإدارة. وهذا يؤيده إفتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مصر والتي رأت (إنَّ إبرام العقد يجعله أمراً واقعاً، ولا يسعُ جهات ألإفتاء في هذه الحالة إلا أن تراجعه من الناحية القانونية لإبداء ما يوجدُ فيه من ملاحظات مع الطرف الآخر في العقد)، وأن رقابة المشروعية هذه تمارسها جهة الفتوى تمتد إلى إجراءات العقد ونصوصه وكل ما أصبح جزءاً منه من مستندات سابقة عليه (٣).

وفي لبنان فإنَّ ديوان المحاسبة العمومية يمارس رقابة إدارية سابقة والتي توجب على الإدارات أخذ استشارته بها (أي استشارة إلزامية)، وفقاً لمعاملات محددة، وقد أُعتبرت هذه المعاملات من المعاملات الجوهرية بحيث تُعتبر كل معاملة لا تخضعُ لمثل هذه الرقابة غير نافذة (المادة ٣٣ من قانون تنظيم ديوان المحاسبة العمومي) حيث تهدف هذه الرقابة إلى التثبت

---

(١) د. مهند مختار نوح، المصدر السابق، ص ٢٨٦.

(٢) د. مصطفى كمال محمد علي، المصدر السابق، ص٤٨٤.

(٣) رقم الفتوى ١٩٨٥/٧/١٨٨٠٨ نقلاً عن د. مهند مختار نوح، المصدر السابق، ص٢٩٤.

من صحة المعاملة ومن انطباقها على الموازنة وعلى الأحكام والقوانين والأنظمة [١]، والذي نعتبره أحد الأهداف الرئيسية للاستشارات التي ألزمها المشرّع للإدارات التي ترغب بالتعاقد.

لم يتبنَ المشرّع العراقي الاستشارة المسبقة في مجال العقود الإدارية وكان عليه أنْ يحدد جهات رقابية، كديوان الرقابة المالية أو مكاتب المفتشين العموميين في الوزارات أو الجهات الغير مرتبطة بوزارة كجهة استشارية إلزامية في العقود التي تزيد على مبلغ محدد من قبل المشرّع.

لذلك وفي الوقت الحاضر ولازدياد التطور التكنولوجي وازدياد الشركات المصنعة والمجهزة يوجب على الإدارة عند تعاقدها مع الغير أن تتجه إلى استشارة الجهات المتخصصة سواء من الناحية المالية أو الفنية لغرض دخول الإدارة في تعاقدات سليمة ذات مردود إيجابي و نشير إلى أن الاستشارات السابقة والملزمة للإدارة التي ترغب بالتعاقد هي تعتبر قيداً سابقاً لها، بخلاف الاستشارة السابقة الغير ملزمة تعتبر غير مقيدة للإدارة.

إن السؤال الذي يثار هنا هو ما مدى أثر الاستشارة على أختصاص مصدر القرار وهل هي مجرد إجراءات مادية سابقة على صدوره أم إنها عمل قانوني له كيانه المستقل عن القرار الذي يصدر بناءاً عليها؟

نظراً لكون الاستشارة التلقائية لا تعتبرْ من قبيل المشاركة في الاختصاص بين الجهة المختصة أصلاً بإبرام التصرف والجهة المستشارة ولكن الفقه أنقسمَ إلى اتجاهين بالنسبة للاستشارة الوجوبية :.

ألاتجاه الأول: ويرى أن الرأي ألاستشاري الوجوبي ليس إلا ناحية إجرائية بحتة لا تغير في توزيع الاختصاص بين الجهة طالبة الاستشارة والجهة التي تقدم هذه الاستشارة، وإنَّ ألزام جهة إدارية معينة بالحصول على المشورة من جهة أو تنظيم إداري آخر لا يغير من كون الجهة طالبة الرأي ألاستشاري هي صاحبة الاختصاص الوحيد كون المشورة غالباً ما تكون ذات صبغة فنية وبعيدة عن المساس بسلطة مصدر القرار الذي له . في حالة أخذه بمضمونها. أنْ يُصدر القرار أو لا يصدره [٢].

---

[١] د. فوزت فرحات، المالية العامة، ص٢١٤. وينظر عبد الرءوف جابر، رقابة ديوان المحاسبة في القانون اللبناني والأردني، رسالة ماستر، الجامعة اللبنانية، ١٩٩٦، ص١١٠.حيث رفض ديوان المحاسبة العمومية الموافقة على المشروع المعروض عليه، حيث جاء في قراره (أن اجتهاد الديوان قد أستقر على عدم الموافقة على أية معاملة قد بوشر فعلا في تنفيذها أو نفذت قبل عرضها على الرقابة الإدارية المسبقة)، قرار رقم ١١٠٣/ر م، ٢٠٠٥/١٠/٢٧، مجموعة الآراء الاستشارية واجتهادات الديوان لعام٢٠٠٥.

[٢] د. الديداموني مصطفى أحمد، الإجراءات والأشكال في القرار الإداري، الهيئة المصرية للكتاب، ١٩٩٢، ص٦٣.

ألاتجاه الثاني:يرى إنَّ الرأي الوجوبي ما هو إلا تقسيم للاختصاص وقد برزت هذه الفكرة عند مفوض الحكومة الفرنسي (MOSSET) ضمن ملاحظاته التي قدمها في قضية (GED)، إذ رأى هذا الفقيه إنَّ القانون عندما يُخضع قراراً ما إلى استشارة وجوبية من تنظيم أوجهة استشارية معينة، فإنَّه يقتطع عنصراً أساسياً من اختصاص السلطة الإدارية المستشيرة، وكما إن عملية أخذ الرأي الاستشاري و ألالتزام بمضمونه كونه ملزم فإن ذلك يجب أن يُعتبر مشاركة في ألاختصاص وتقسيماً له بين الجهة المستشيرة والجهة المستشارة وهذا يؤدي إلى مساهمة جوهرية في تكون التصرف القانوني [1].

وبذلك نرى إنَّ الاستشارة بشكل عام (الملزمة والغير ملزمة) فإن مدلولها العام هو مساعدة الإدارة في اتخاذ القرار السليم (هي المسئولة عنه بشكل مطلق) المطابق للقانون في تعاقدها مع الغير فهي ليست تقسيم للاختصاص وإنما صفة إلزام فهي إجراء إداري لتعزيز موقف الإدارة في قرارها المتخذ.

وبذلك تمَ تسليط الضوء في هذا الفصل على ماهية العقد الإداري وأنواعه ومعاييره وأركانه، كونه من الأمور المهمة التي يجب على الإدارة ملاحظتها والتعرف عليها، حتى يمكنها التمييز بين العقد ذو الصفة الإدارية وما تنتجه هذه الصفة من آثار قانونية اتجاه الغير، والعقد المدني وموقف الإدارة فيه اتجاه الغير، خاصة في الوقت الحاضر ودخول الإدارة في تعاقدات ذات مبالغ كبيرة وشركات مختلفة منها المحلية والأجنبية ولغرض أن يكون تعاقد الإدارة صحيح ولا يعرض الصالح العام للخطر، هذا من جانب ومن جانب آخر، أوضحنا ما على الإدارة من إجراءات تتخذها قبل أن تقدم على التعاقد مع الغير، كون الإدارة ملزمة بإتباعها لتكون عقودها ذات أساس سليم لا يعرضها للمسؤولية القانونية.

مما تقدم أصبحَ بإمكان الإدارة أن تعتمدْ أحد الأساليب في التعاقد وفقاً للإجراءات التي حددها المشرِّع وصولاً إلى الهدف النهائي هو توقيع عقد وفقاً للأصول القانونية وهذا ما سنتناوله في الفصل الثاني.

---

[1] د. مهند مختار نوح، المصدر السابق، ص٢٨٨ وينظر د. حمدي أبو ألنور السيد، الوجيز في العقود الإدارية، ٢٠٠٨، ص٦٩.

الفصل الثاني

التنظيم القانوني لإبرام العقود الإدارية

بعد أنْ أصبحت الإدارة جاهزة للدخول في العملية التعاقدية من خلال ما تم استعراضه في الفصل السابق، فإنَّ اتجاه الإدارة إلى التعاقد مع الغير بصفتها صاحبة السلطة العامة وما تنتجه هذه الصفة من آثار لها وللغير، واتخاذها كافة الإجراءات الإدارية المطلوبة في التعاقد مع الغير فيتطلب أنْ تبين الإدارة الطريق التعاقدي الذي يتلاءم مع ما تريده الإدارة من التعاقد وحسب القانون أو التعليمات النافذة، والإجراءات الواجب عليها اتخاذِها وصولاً إلى تحقيق النتيجة النهائية وهي إبرام عقد إداري صحيح وفقاً للقانون وهذا ما سنتناوله في هذا الفصل والذي سيكون على الشكل التالي:

المبحث الأول: الأساليب القانونية للتعاقد الإداري

المبحث الثاني: الإجراءات الإدارية الواجب أتباعها لإبرام العقد الإداري

المبحث الأول

الأساليب القانونية للتعاقد الإداري

نتناول في هذا المبحث طرق التعاقد المعتمدة في الدول المقارنة (لبنان، العراق، مصر) وآلية اعتمادِها والأسس العامة التي يجب ملاحظتها من قِبل الإدارة ليتسنى لها اتخاذ إجراءات قانونية مستندة للقانون أو حماية للصالح العام من خلال مطلبين :

المطلب الأول:أساليب التعاقد الإداري

المطلب الثاني:الأسس التي تستند عليها أساليب التعاقد

المطلب الأول:. أساليب التعاقد الإداري

لما كانَ الأصل بالنسبة لمعاملات الأفراد في مجال القانون الخاص أن يكون للأفراد الحرية في اختيار الشخص والأسلوب الذي يرونه في أتمام التعاقد معهم، إلا إنَّ الأمر يختلف في مجال معاملات القانون العام حيث لا يكونُ للإدارة أو جهاتها الإدارية أو أشخاص القانون العام بصفة عامة مطلق الحرية في سلوك هذا الدرب، بل عليهم ضرورة ألالتزام بإتباع قواعد وإجراءات معينة لاختيار المتعاقد[١].

وأهمية تنظيم إجراءات وأساليب إبرام العقود الإدارية يعود إلى عدة أمور أهمها تحقيق مصلحة الخزانة العامة من خلال مبدأ إرساء العطاءات على أقل المناقصين سعراً، وحصول جهة الإدارة المتعاقدة على عروض كثيرة مما يؤدي إلى عدم وجود فرص للاتفاقات غير المشروعة التي تحدث بين المتناقصين بهدف المحافظة على سعر معين للعطاء وعدم النزول به، واستبعاد انحراف الموظفين في اختيار المتعاقدين مع الإدارة بحيث يقتصر دور أعضاء لجنة العطاءات على مراقبة ألإجراءات القانونية التي تستلزمها المناقصات العامة، وإتاحة الفرصة أمام الإدارة عند إبرام عقودها لاختيار الأسلوب الذي يتلاءم مع طبيعة محل العقد من بين أساليب اختيار المتعاقد معها[٢].وهذا ما سنوضحه في الفقرات الآتية في كل من (لبنان، العراق، مصر).

---

[١] د. محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، ٢٠٠٠، ص٥٠٩

[٢] د. هاشم الحافظ، إجراءات وأساليب إبرام العقود الإدارية في التشريع الأردني، الجامعة المستنصرية، كلية الحقوق، مجلة الحقوق، عد١٩، المجلد الرابع، ٢٠١٢.ص١ (كذلك على الإدارة أن تنظر إلى دور المتعاقد معها في تنفيذ العقد الإداري باعتباره دوراً أساسياً يستأهل المزيد من العناية والرعاية والدقة في الاختيار والتحليل وذلك لأسباب تتمثل في أن العقد الإداري إنما يشكل أحد أهم وسائل الإدارة في تسيير المرافق وأداء الخدمات النفعية العامة، فيجب على الإدارة أن تنظر إلى المتعاقد على إنه معاون للإدارة في تحقيق أهدافها) ينظر أحمد كامل ليلة، نظرية التنفيذ المباشر في القانون الإداري، دار الفكر العربي، الإسكندرية، دون سنة نشر، ص١١٠.

الفقرة الأولى: أساليب التعاقد الإداري في لبنان

لقد تناول التشريع اللبناني الأمور الأساسية لتنفيذ نفقات اللوازم والأشغال والخدمات العمومية في قانون المحاسبة العمومية [١]، فأورد بأنه هنالك طريقتين لتنفيذ نفقات اللوازم والأشغال والخدمات، الطريق الأول بواسطة عقد صفقات تعقدها الإدارة مع الغير، والطريق الثاني بصورة مباشرة أي بطريقة الأمانة [٢].

حدد قانون المحاسبة العمومية في لبنان الأساليب المختلفة لاختيار الإدارة للتعاقد وهذه الأساليب اسماها بالتلزيم: (تعقد صفقات أللوازم والأشغال والخدمات بالمناقصة العمومية، غير إنه يمكن في الحالات المبينة فيما يلي عقد الصفقات بطريقة المناقصة المحصورة، أو استدراج العروض، أو الاتفاق بالتراضي، أو بموجب بيان أو فاتورة) [٣].

ولقد أوضح المشرّع إنَّ الأصل العام والمطلق للإدارة في تعاقداتها وتوفير الخدمات هو المناقصة العمومية أما الطرق الأخرى أعتبرها طرق استثنائية (عدا طريقة المناقصة) ويمكن أللجوء أليها حسب ألأحوال التي حددها القانون. والتي يهدف من خلالها إلى الحصول على أقل سعر وأفضل خدمة ويسمى المشارك فيها بالمناقص، وإنَّ المشرّع ذكر المزايدة والتي هي أيضاً تُعتبر القاعدة العامة في بيع الإدارة لأموالها المنقولة وغير المنقولة والتي تهدف من خلالها الإدارة الحصول على أعلى سعر وكذلك تأمين سير المرافق العامة ويسمى المشترك فيها بالمزايد فقد حدد لها طُرقاً خاصة متمثلة (بالتراضي، استدراج العروض، المزايدة العمومية بالظرف المختوم) [٤].

النبذة الأولى:أساليب الشراء

١. المناقصة العمومية

تعرّف المناقصة(هي تلزيم المشروعات العامة بواسطة هذه الصورة من صور إبرام العقود الإدارية (كعقود الأشغال العامة والتوريد وخلافه) بحيث يرسو ألالتزام على الشخص الذي يتقدم بأقل سعر بين المتنافسين أو المناقصين) [٥].

---

[١] قانون المحاسبة العمومية اللبناني الصادر بالمرسوم ١٤٩٦٩ بتاريخ ٣٠/كانون أول /١٩٦٣.

[٢] المادة (١٢٠) من قانون المحاسبة العمومية.

[٣] المادة (١٢١) من قانون المحاسبة العمومية.

[٤] المادة ٤٦ , والمادة ٤٧ من قانون المحاسبة العمومية.

[٥] د. محيي الدين القيسي، المصدر السابق، ص١٣١.

وهي طريقة بمقتضاها تلتزم الإدارة بالتعاقد مع من قدم أدنى الأسعار أو أفضل العروض وفقاً لما هو منصوص عليه في دفتر الشروط الخاص العائد للصفقة والذي تتم على أساسه المناقصة.وتعتبر المناقصة العمومية الطريقة العادية لأجراء الصفقات العمومية، بمعنى إنه يمكن أجراء أي صفقة عمومية بموجب مناقصة عمومية دون وجوب تحقيق أي شرط (١).

كما تقوم المناقصات العامة على أساس المنافسة الحرة والمساواة بين المتنافسين مع مراعاة القيود التي ترجع إلى نوع المناقصة. ولتحقيق الغايتين السالفتين، تقرر. كقاعدة عامة . مبدأ الاعلان عن المناقصات العامة وعدم التمييز بين المتنافسين (٢).

حيث تجري المناقصات في لبنان حسب ما حدده نظام المناقصات المرسوم رقم ٢٨٦٦ في ١٩٥٩/٢/١٦. في الدولة اللبنانية باستثناء ما يعود منها لوزارة الدفاع الوطني وقوى الأمن، والأمن العام، ألزم كافة البلديات والمؤسسات العامة والمصالح المستقلة أن تعتمد هذا النظام الوارد في المرسوم (٣).

٢. المناقصة المحصورة:

وهي المناقصة التي تقوم على تحديد من يُسمح لهم بالاشتراك فيها وبالتالي فهي تقتصر على فئة محدودة من المناقصين أو شركات معتمدة أو تكون شركات تجارية ذات كفاية من النواحي الفنية أو العلمية، على أن تُحدد هذه المؤهلات بصورة مفصلة في دفتر الشروط الخاص، ويحق للإدارة حصر باب المناقصة على فئة محدودة ممن تتوفر فيهم الشروط والضمانات التي تحددها، وتطبق بشأن المناقصة المحصورة أو المحدودة، الأحكام ذاتها التي تطبق بشأن المناقصة العمومية ماعدا مسألة تحديد الفئة المنوي التعاقد معها (٤)، وإن صلاحية قبول المناقصين في المناقصات المحصورة بمقتضى القانون الحالي، هي منوطة بلجان المناقصات، دون غيرها، حيث تجري المناقصة المحصورة على أساس برنامج سنوي عام، يعلن عنه، في تواريخ لا يجوز أن تتعدى الشهر الثاني الذي يلي نشر الموازنة (٥).

---

(١) وسيم نقولا أبوسعد، رقابة ديوان المحاسبة المسبقة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط١، ٢٠٠٧، ص٢٠٧.

(٢) د. سليمان الطماوي، المصدر السابق، ص٢٤٦.

(٣) المادة (٢) من نظام المناقصات تنص"على البلديات والمؤسسات العامة والمصالح المستقلة أن تعتمد ألأسس المنصوص عنها في هذا المرسوم في كل ما لا يتعارض وأنظمتها الخاصة".

(٤) د. فوزت فرحات، القانون الإداري العام، ط٢، ٢٠١٢، ص٤٨٢.

(٥) رأيان استشاريان لديوان المحاسبة رقم ٧٠ في١٩٧٠/٥/١٥, ص٣٠٢، رقم٨٠ في ٨/ ٦/ ١٩٧٠، مجموعة آراء ديوان المحاسبة ألاستشارية و الاجتهادات لعام ١٩٧٠.ص٣٣٨وينظر المادة (١٢٠) من قانون المحاسبة العمومية.

٣. استدراج العروض

إنَّ القاعدة العامة في عقد الصفقات واللوازم والأشغال والخدمات هي المناقصة العمومية، وإنَّ سائر الطرق المقررة، ومنها استدراج العروض، هي استثناء وارد على سبيل الإجازة وليس على سبيل الإلزام.

وقد نصت المادة (١٤٥) على الحالات التي يمكن عقد الصفقات بطريقة أستدراج العروض[1].

وتطبق ذات القواعد والنصوص الخاصة بالمناقصات العمومية على استدراج العروض وفقاً للمادة (١٤٦) [2].

وتُعقد الصفقات العمومية بطريقة استدراج العروض بشكل سريع ومضمون إلى تجار الصنف أو إلى أرباب المهنة الذين ترى الإدارة فيهم المقدرة على تنفيذ الصفقة وبذلك يكون استدراج العروض نوعاً خاصاً من المناقصة المحصورة، فالمشرّع قد حدّدَ أمكانية الإدارة أنْ تعقد ألصفقات ألعمومية بطريقة استدراج العروض، ولكن هذا لا يعني إنَّ للإدارة مطلق الحرية بالاختيار. وهذا ما أكدَه ديوان المحاسبة في قرار له جاء فيه (إنَّ الإمكانية المعطاة للإدارة لاختيار أرباب المهنة أو تجار الصنف، لا تعني إنَّ للإدارة مطلق الحرية باختيار المتعهدين بل يجب عليها أنْ تضع شروطاً في دفتر الشروط الخاص، تحدد فيه المؤهلات المطلوب توفرها في

---

[1] نصت المادة ١٤٥من قانون المحاسبة العمومية (يمكن عقد الصفقات بطريقة استدراج العروض :أ. أذا كانت قيمتها لا تتجاوز مئة مليون ليرة لبنانية. ب . أذا كانت قيمتها تتجاوز مئة مليون ليرة لبنانية وكانت تتعلق: ١. بالأشغال التي تقوم بها الإدارة على سبيل التجربة أو الدرس، شرط أن يقرر ذلك الوزير المختص.٢. بالأشياء والمواد والغلال التي يجب شراؤها في مكان أنتاجها نظراً لطبائعها الخاصة ٣. بالشحن والنقليات والضمان. ٤. باللوازم والأشغال والخدمات التي لم يقدم بشأنها أي سعر في المناقصة أو قدمت بشأنها أسعار غير مقبولة. ٥. باللوازم والأشغال والخدمات التي لا تسمح بعض الحالات المستعجلة الناشئة عن ظروف طارئة بطرحها في المناقصة، على أن يقرر ذلك الوزير المختص. ٦. باللوازم والأشغال الخدمات الفنية التي لا تسمح طبيعتها بطرحها في المناقصة العمومية، على أن يقرر ذلك الوزير المختص).

[2] نصت المادة ١٤٦ من قانون المحاسبة العمومية (تطبق على استدراج العروض النصوص المتعلقة بالمناقصات العمومية مع مراعاة ألأحكام التالية :١. يمكن أن يستعاض عن ألإعلان بتبليغ المعلومات ألألزمة بطريقة سريعة إلى تجار الصنف أو أرباب المهنة الذين ترى الإدارة فيهم مقدرة على تنفيذ الصفقة. ٢. تجري استدراج العروض للصفقة التي لاتجاوز قيمتها مئة مليون ليرة لبنانية لجنة خاصة تعين، في كل إدارة عامة , بقرار من الوزير، تجري الصفقات الأخرى لجنة المناقصات).

الملتزمين) [١]، ونشير إلى إنَّ الإدارة تتعاقد على الأشغال وليس على اللوازم والخدمات بطريقة استدراج العروض [٢].

٤. طريقة الاتفاق بالتراضي

ألاتفاق بالتراضي هو عقد خاص، تجريه الإدارة مع من تختاره من العارضين، أو الموردين، دونما حاجة إلى عرض الصفقة على العموم، أو على فئة محصورة من العارضين، ودونما حاجة إلى الاستحصال على عدد من العروض، لاختيار الأفضل من بينهما، إنَّ هذه الطريقة هي استثناء لطرق التعاقد العامة ولكنها تعتبر من أخطر الطرق التي تتعاقد فيها الإدارة مع الغير وذلك لأنَّه الإدارة فيها لها حرية اختيار المتعاقد معها، إلا إنَّ هذه الحرية ليست مطلقة (مقيدة في المضمون ومطلقة في الاختيار). كما إنَّها تختلف عن المناقصة العمومية وحتى طريقة استدراج العروض، حيث هنالك تكون عدة عروض تختار الإدارة من بينها العرض الأفضل، إذ إنَّه في هذا التعاقد لا يكون هنالك سوى عرض واحد مقدم من عارض واحد مختار من قبل الدولة [٣].

حدَدَ المشرِّع الحالات التي يمكن للإدارة اللجوء بها إلى عقد أتفاق رضائي. بموجب المادة (١٤٧) من قانون المحاسبة العمومي موضوع الاتفاق بالتراضي [٤].

---

[١] قرار رقم ٩٨١/ر م تاريخ ٢٠٠١/١٠/٩، ، مجموعة آراء ديوان المحاسبة ألاستشارية و الاجتهادات لعام ٢٠٠١، ص٥١١.

[٢] رأي استشاري لديوان المحاسبة رقم ١١٨ تاريخ ١٩٧٥/٨/١٩، مجموعة آراء ديوان المحاسبة ألاستشارية والاجتهادات لعام ١٩٧٥، ص٣٩٤.

[٣] د. عبد الرءوف جابر، ضمانات المشاريع ألإنشائية العامة، منشورات الحلبي الحقوقية،دون سنة نشر ص١٥٢.

[٤] نصت المادة (١٤٧) (يمكن عقد الاتفاقات بالتراضي مهما كانت قيمة الصفقة، إذا كانت تتعلق:١. باللوازم والأشغال والخدمات التي لا يمكن وضعها في المناقصة، إما لضرورة بقائها سرية، وإما لأن مقتضيات السلامة العامة تحول دون ذلك، شرط أن يقرر ذلك الوزير المختص.٢. باللوازم والأشغال والخدمات الإضافية التي يجب أن يعهد بها الى الملتزم الأساسي لئلا يتأخر تنفيذها، أو لا يسير سيراً حسناً فيما إذا جيء بملتزم جديد أثناء تنفيذ الصفقة، ويجوز ذلك:- إذا كانت اللوازم والأشغال والخدمات غير متوقعة عند أجراء التلزيم الأول، ومعتبرة من لواحقه، وتشكل جزءاً متمماً له.- إذا كانت اللوازم والأشغال والخدمات يجب أن تنفذ بواسطة آلات وتجهيزات خاصة يستعملها الملتزم في مكان العمل، على أن تكون غير متوقعة عند أجراء التلزيم، وأن تشكل جزأ متمماً له.٣. بالأشياء التي ينحصر حق صنعها في حامل شهادات اختراعها.٤. بالأشياء التي لا يملكها إلا شخص واحد.٥. باللوازم والأشغال والخدمات الفنية التي لا يمكن أن يعهد بتنفيذها إلا لفنانين أو اختصاصيين أو حرفيين أو صناعيين دل الاختبار على اقتدارهم.٦. باللوازم والأشغال التي يصنعها ذوو العاهات المحتاجون المرخص=

وقد أوضحَ ديوان المحاسبة في مراقبته للإدارة بصورة مسبقة على المعاملات المتعلقة بتنفيذ الصفقات العمومية، فإنَّه قد بيَّن ملاحظاته على المشكلات التي تحدث أثناء قيام الإدارة باللجوء إلى هذه الطريقة ومدى مطابقتها للشروط القانونية الخاصة بها، فقد جاء في تقرير له (إنَّ الممارسة العملية لدى هيئات القطاع العام الخاضعة لرقابة الديوان المسبقة تنطوي على الخروج عن المعادلة التي تربط القاعدة بالاستثناء، وبشكل يقلب هذه المعادلة بحيث أضحى اللجوء إلى الاتفاق بالتراضي الذي هو طريق استثنائي عملاً عادياً، وأصبحَ اعتماد طريقة التلزيم التي تعتبر القاعدة في تنفيذ الصفقات العمومية هو الاستثناء الذي يقتصر على نسبة قليلة من المعاملات، وإنَّ في هذا السلوك مخاطر تعود على الدولة بأفدح الأضرار نتيجة غلبة طريقة الاتفاقات بالتراضي، وبالتالي تنفيذ الصفقات العمومية هو الاستثناء الذي يقتصر على نسبة قليلة من المعاملات، وبالتالي تنفيذ الصفقات العمومية في غياب منافسة حقيقية بين العارضين وضمانات كان يمكن تأمينها باعتماد طريقة المناقصة العمومية وما تستتبعه من التعاقد على أسعار مخفضة في صالح الخزينة)[١].

كما أفردَ المشرّع في المادة (١٥٠)[٢]، من قانون المحاسبة العمومية حول أمكانية التعاقد بالتراضي على صفقات الخدمات الفنية حيث جعل لها قواعد خاصة بدون تحديد قيمة إذا كانت

=لهم بالعمل من قبل وزارة العمل والشؤون الاجتماعية, على أن لا تجاوز أسعارها ألأسعار الرائجة في السوق.٧. بنفقات الضيافة والتشريفات، وما شاكلها من نفقات التمثيل.٨. باللوازم والأشغال والخدمات التي أجريت من أجلها:- مناقصتان متتاليتان.- أو أستدرج عروض على مرتين متتاليتين. - أو مناقصة تلاها استدراج عروض.وذلك دون أن تسفر هذه العمليات عن نتيجة إيجابية.٩. باللوازم والأشغال والخدمات التي يمكن أن يعهد بها إلى المؤسسات العامة أو البلديات.١٠. باللوازم والخدمات التي تؤمنها الإدارة بواسطة المنظمات الدولية.١١. باللوازم والأشغال والخدمات التي يمكن أن يعهد بها بموافقة مجلس الوزراء إلى حكومات أجنبية أو مؤسسات تراقبها هذه الحكومات، وللحكومة مثل هذه الحالة أن تعفي الجهة التي تتعاقد معها من الشروط المتعلقة بمحل الإقامة والكفالة والغرامات وتوجب التسليم قبل القبض.١٢. باللوازم والأشغال والخدمات التي يقرر مجلس الوزراء تأمينها بالتراضي بناء على اقتراح الوزير المختص.)

(١) تقرير خاص مرفوع من ديوان المحاسبة العمومية إلى جانب مجلس النواب حول عقد الصفقات العمومية بواسطة الاتفاق بالتراضي، مجموعة آراء ديوان المحاسبةألاستشارية والاجتهادات لعام ١٩٩٤، ص٣٥٩.

(٢) نصت المادة (١٥٠) (يمكن التعاقد بالتراضي على صفقات الخدمات التقنية (دروس وضع دفاتر شروط ومراقبة تنفيذ أشغال ومشاريع...) مهما بلغت قيمتها إذا كانت تتجاوز إمكانيات الإدارة، وتطبق على هذه الصفقات الأحكام التالية:١. لا يجوز التعاقد إلا مع من تتوفر فيهم المؤهلات التقنية اللازمة، على أن تبين هذه المؤهلات بالتفصيل في دراسة تضعها الإدارة قبل عقد الصفقة.٢. يمكن عقد الاتفاق عند الاقتضاء بعد مباراة تجري بين من تتوفر فيهم المؤهلات المذكورة.٣. تخضع هذه الصفقات للأحكام الأخرى المتعلقة بالاتفاقيات بالتراضي).

تتجاوز إمكانيات الإدارة.وإنَّ هذه المادة تعتبر استثناءاً للاستثناء (أتفاق رضائي من نوع خاص) يجب أنْ يُفسر بطريقة حصرية دقيقة تَمنع على الإدارات تطبيقه إلا في الحالات الخاصة التي لابد فيها من اللجوء إلى أصحاب الاختصاصيين والفنيين المشهود لهم (١).

٥. الصفقات بموجب بيان أو فاتورة.

تعتبرْ هذه الطريقة في تعاقد الإدارة مع الغير من أبسط الطرق عند إجراء الصفقات العمومية وذلك لعدم وجود عقد مكتوب، فالبيان أو الفاتورة التي ينضمها المتعهد أو المورد، تعتبر بمثابة العقد بين الطرفين وهذا يستتبع عدم وجود شروط للتنفيذ أو إدراج جزاءات للإدارة عن التأخير أو احتوائه على شروط خارقة، فهي لا تستلزم شكل معين أو دفتر شروط خاص وهذا ما جاء في أحد الآراء ألاستشارية لديوان المحاسبة العمومية حيث جاء فيه (إنَّ الصفقة بموجب بيان أو فاتورة لا ترتدي طابع العقود الإدارية المنظمة، وهي بالتالي غير مقيدة بشكل تنظيمي مفروض و لا تستلزم وضع دفاتر شروط لها، وإنما تبقى الصفقة بموجب بيان أو فاتورة ذات صفة استثنائية متميزة عن بقية الصفقات المنظمة قانوناً) (٢).والتي حددها القانون، بشروط معينة في قانون المحاسبة العمومية (٣).

ولكن السؤال الذي يُثار هنا (هل هناك علاقة بين الصفقات بموجب بيان أو فاتورة ومبدأ المنافسة؟

إنَّ هذا التساؤل يُثار لكون مبدأ المنافسة من المبادئ المالية الهامة في الصفقات العامة. من خلاله يُفترض وجود عدة عروض يمكن المنافسة بينها للحصول على العرض الجيد من الناحية المالية والفنية هذا من جانب، ومن جانب آخر فإنَّ الصفقات بموجب بيان أو فاتورة هي صفقة ذات عرض واحد وبما إنَّ القانون لم يشير إلى استدراج عدة عروض لغرض اختيار

---

(١) وسيم نقولا ابوسعد، المصدر السابق، ص٢٥٠، و بذات المعنى ينظر :د. الياس ناصيف، سلسلة أبحاث قانونية (عقد الBOT)، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس-لبنان، ٢٠٠٦، ص٦٦.

(٢) رأي استشاري لديوان المحاسبة ٧٣ تاريخ ١٩٧٥/٤/٢٨، مجموعة آراء ديوان المحاسبة ألاستشارية والاجتهادات لعام ١٩٧٥، ص٢٤٣.

(٣) المادة ١٥١ من قانون المحاسبة العمومية نصت (يمكن عقد الصفقات بموجب بيان أو فاتورة:١. إذا كانت قيمتها لا تتجاوز ثلاثة ملايين ليرة لبنانية. يطبق هذا الأجراء على تنفيذ موازنة الجامعة اللبنانية.دون حاجة إلى استصدار نص آخر.٢. إذا كانت أسعار المواد المراد شرائها محددة في تعريفة صادرة عن الإدارة, أو هيئة دولية معترف بها, ويتعذر الحصول على سعر أدنى.٣- إذا كانت الصفقة تتعلق باستئجار آليات أشغال عامة, بموجب تعرفه عامة تحدد بقرار من الوزير المختص.)

عرض منها وعقد صفقة بموجب بيان أو فاتورة، ومما تقدم فإنَّه لا توجد علاقة بين مبدأ المنافسة وعقد صفقة بموجب بيان أو فاتورة، وهذا ما أكدَه ديوان المحاسبة في مسألة عرضت عليه، وقد أشار الديوان في ذاتْ رأيه إلى إنَّ القانون الفرنسي يقضي، بصورة صريحة، بأنَّ الأشغال والمشتريات بموجب بيان أو فاتورة، تتم دون التقيد بالشروط المحددة لعقد الصفقات العمومية، وأن هذه الأشغال والمشتريات تتم بعمليات تعاقدية، تفترض المفاوضة والاتفاق مع المتعهد، وأن ألاتفاق لا يكرس بأي مستند، ولا يخضع لأي معاملة تنظيمية، والنفقة المترتبة تسدد فوراً لقاء تقديم البيان أو الفاتورة بعد التنفيذ [1].

٦. الأشغال بالأمانة.

أولاً : تعريف الأشغال بالأمانة

تناولت المادة (١٥٢) من قانون المحاسبة العمومية الأشغال بالأمانة حيث أشار المشترع بأنها(الأشغال بالأمانة) هي (الأشغال التي تتولى الإدارة بتنفيذها بنفسها).

وتعرَّف بأنَّها (هي الأشغال التي تتولى الإدارة تنفيذها بنفسها لسبب من الأسباب المشروعة التي تخولها إياها القوانين والأنظمة المرعية الإجراء، دون أللجوء إلى أجراء عقود إدارية جديدة مع المتعهدين أو المقاولين، بحيث تتولى الإدارة القيام بتنفيذ الأشغال والأعمال المطلوبة مباشرة، حين تسمح لها ظروفها وإمكانياتها المادية والبشرية والتقنية بذلك، أو تكون هذه الأعمال من صلب مهامها الموكلة إليها أصلاً) [2].

أو هي الوسيلة الوحيدة ألآيلة إلى تنفيذ النفقات العمومية، عن طريق الإدارة مباشرة والتي تتولى الإدارة المعنية تنفيذها بنفسها عن طريق استخدام ألأجراء الذين تحتاج إليهم للتنفيذ، كما تتولى مهمة مراقبة التنفيذ أيضاً [3].

ثانياً: حالات قيام الإدارة بالأشغال بالأمانة [4]:

إنَّ قيام الإدارة بالأشغال بنفسها يكون في حالتين:

---

[1] رأي استشاري لديوان المحاسبة رقم ١٣ تاريخ ١٩٩٢/٦/٢٢، مجموعة آراء ديوان المحاسبة ألاستشارية والاجتهادات لعام ١٩٩٢، ص٥٧.

[2] وفيق خضر ريحان، أوجه التجديد في العقد الإداري، رسالة دكتوراه، الجامعة اللبنانية، ٢٠٠٠، ص٨٤.

[3] وجيه سعد، الموجز في قانون المحاسبة العمومية، ط١، ٢٠٠٠، ص١٧٩.

[4] رأي استشاري رقم٦٣ تاريخ ١٩٧٩/١٢/١١، مجموعة آراء ديوان المحاسبة ألاستشارية والاجتهادات لعام١٩٧٩.ص٢٢٣.

١.في حالة قيام الإدارة بالأشغال مباشرة بنفسها.

٢.في حالة حصول نكول من أحد المتعاقدين معها مما تضطر الإدارة للقيام بهذه الأشغال بنفسها. ونبين هاتين الحالتين بالشكل التالي:

الحالـة الأولـى:

١. إنَّ الأشغال بالأمانة هي التي تتولى الإدارة تنفيذها بنفسها، فإنَّ هذا التنفيذ المباشر من قبل الإدارة، يتطلب أنْ تتوفر لديها العناصر البشرية والمادية للتنفيذ، أما اللوازم والمعدات فإذا كانت غير متوفرة يمكن لها استئجارها وكذلك لها مطلق الحق بتحديد طريقة العمل التي قد تكون بموجب تكليف خطي أو شفهي وحيث إنَّ القانون لم يحدد طريقة معينة واحدة لتنفيذها، مما يعني إنَّ التكليف الشفهي جائز [١].

الحالـة الثانيـة:

حالة قيام الإدارة بصورة غير مباشرة في حالة نكول المتعهد، أن وضع الأشغال بالأمانة هو أن تتولى الإدارة في هذه الحالة تنفيذها بنفسها على حساب الملتزم الناكل. ومثل هذا الإجراء لا يؤدي إلى إلغاء العقد الذي يبقى قائماً بين طرفيه، وملزماً إليه، ومنتجاً لجميع مفاعيله القانونية، وأن يتيح للإدارة استبعاد ملتزم خالف في تنفيذ الصفقة لدفتر شروطها أو بعض أحكامه، من أجل متابعة التنفيذ بالسرعة اللازمة، ووفق الشروط نفسها الملحوظة في بنود العقد.

إنَّ نكول الملتزم بموجباته العقدية، يبيح للإدارة أنْ تنفذ الصفقة أو ما تبقى منها على مسؤوليته، أما بالأمانة أو عن طريق المناقصة التي يحظر عليه ألاشتراك فيها [٢].

وإنَّ هذا الموضوع يعتمد على طبيعة العقد بين الطرفين والفقرات المخالفة لشروط الصفقة فمن العقود التي لا يمكنْ تجزئة الأعمال كون فقراتها متداخلة الذي ينتج عنه قيام الإدارة بتنفيذ الصفقة بالأمانة على كل ألأشغال، ومنها ما يمكن الإدارة من تنفيذ جزء من ألأشغال بالأمانة، وبالتالي فإنَّ قرار وضع الأشغال بالأمانة لا يمكن إقرارهُ إلا أثناء تنفيذ الصفقة حيث لا يجوز أنْ يتم إقراره بعد استلام المواد أو فسخ العقد لذلك إن قرار وضع الأشغال بالأمانة لا يتسمْ بالصفة النهائية، حيث نصت الفقرة الخامسة من دفتر الأحكام والشروط العامة على إنَّه يمكن

---

[١] عبد اللطيف قطيش، الصفقات العمومية تشريعا وفقها واجتهادا (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٠، ص٢٩٤.

[٢] وجيه سعد، المصدر السابق، ص١٦٥.

إعفاء الملتزم من مفاعيل قرار وضع ألأشغال بالأمانة، إذا هو أثبت اتخاذ الوسائل الضرورية لمعاودة تنفيذ ألأشغال، وانجازها بشكل جيد.حيث إنه لا يمكن أعطاء الإدارة سلطة أستنسابية في وقف القرار وذلك لإعطاء المجال للملتزم من تنفيذ ألأعمال وفقاً لما جاء في شروط الصفقة بصورة جيدة[1].

مما تقدم يتضح إن طريقة عمل الإدارة بالأسلوب المباشر (بالأمانة) هو لإعطاء دور مباشر للإدارة في المحافظة على ديمومة عمل المرافق العامة وما تحققه من منفعة للجمهور خدمة للصالح العام كونها تمثل السلطة التنفيذية أمام القانون والمسؤولة عن عمل المرافق العامة باستعمال كافة الوسائل القانونية والتي يعتبر أسلوب ألأشغال بالأمانة أحد هذه الوسائل.

النبذة الثانية: أسلوب البيع (التعاقد بالبيع لأموال الدولة)

إذا كانت أساليب عقد الصفقات من قبل الإدارة، أو تلزيم ألأشغال والقيام بعمليات الشراء التي حددت أصولها المادة (١٢١) من قانون المحاسبة العمومية. فإن المادة (٤٦) من القانون المحاسبة قد أوضحت طريقة بيع ألأموال غير المنقولة للدولة، وفقاً للأحكام الخاصة بها، ويطبق عليها الأحكام المختصة بصفقات اللوازم والأشغال، أما المادة (٤٧) منه فحددت الطرق التي يمكن بواسطتها بيع أموال الدولة وهي التالية:

١. بالتراضي: إذا كانت قيمتها المخمنة لا تزيد عن خمسمائة ألف ليرة لبنانية.
٢. باستدراج العروض: أذا كانت قيمتها المخمنة لا تزيد عن مليون ونصف المليون ليرة لبنانية.
٣. بالمزايدة العمومية وبالظرف المختوم :إذا كانت قيمتها المخمنة تزيد عن المليون ونصف المليون ليرة لبنانية.

ومن الجدير بالذكر إنَّ هنالك صفقات لم ترد في قانون المحاسبة العمومية وإنما اقتضت ظروف عمل الإدارة لإستحداثها لتسهيل عمل المرفق وهي:

أ. الصفقات غب الطلب:وردت هذه الصفقات في مقدمة التعميم الصادر من رئيس مجلس الوزراء بالرقم ١/٩٢٥ تاريخ ١٩٦٢/١٢/١٣ والتي عرَّفها إنها (الصفقات غب الطلب تشكل نوعاً خاصاً من العقود يتميز ، بصورة أساسية، بعدم تحديد الكميات، وتواريخ الاستلام مسبقاً، إنما تحدد الإدارة ذلك، بطلبها عند الحاجة) فيطبق هذا النوع على الصفقات التي لا يمكن

---

[1] عبد اللطيف قطيش، المصدر السابق، ص١٤٠.

للإدارة تحديد الكمية اللازمة بالضبط، ولا يمكن تخزينها، أو غير قابلة للخزن حتى لو كان بالإمكان تحديد كميتها، ولغرض عقدها يجب أن تكون اللوازم المراد شراؤها أو الأعمال المراد تنفيذها قابلاً للتحديد، بكل دقة، إنْ لجهة نوعها، وطبيعتها، ومواصفاتها الفنية، أو لجهة الوحدة الواجب أعتمادها أساساً لحساب كميتها (متر مربع لأعمال الدهان، ساعة عمل...)، أن يكون بالإمكان تحديد سعر الوحدة المطلوبة مسبقاً إذا كانت الأسعار ثابتة، أو عندما تكون الأسعار متقلبة فتوضع بالاستناد إلى أحد العناصر الأساسية، على أن يكون للسعر ضمانات كافية، فهذه الطريقة هي طريقة استثنائية في حالة التعذر عن تطبيق طريقة الصفقات العادية حيث يمكن إجرائها بجميع الطرق القانونية وبذات الشروط المفروضة للصفقات العادية، وأن ديوان المحاسبة أعتبرها (استثناء للأصول العادية التي حددها قانون المحاسبة العمومية لعقد الصفقات) وهي، (تشكل نوعا خاصا من العقود يتميز بصورة أساسية بعدم تحيد الكميات، وتواريخ الاستلام مسبقا).

ب. الصفقات الفورية:وهي الصفقات التي نص عليها المرسوم الإشتراعي رقم ١٤٣ تاريخ ١٩٥٩/٦/١٢ وتعديلاتها (نظام مكتب الحبوب والشمندر السكري- المديرية العامة للحبوب والشمندر السكري)، لجهة استيراد القمح لحسابه، ولا تخضع للرقابة المسبقة التي يمارسها الديوان وهذه الصفقات ذات أجل لا يتجاوز ثلاثة أيام [١].

الفقرة الثانية: أساليب التعاقد الإداري في العراق

باتت المناقصة الحكومية (وعلى اختلاف صورها) الوسيلة المميزة في سد حاجة الأجهزة المختلفة في الدولة وفي مختلف المجالات سواء ما تعلق منها بتوفير السلع والخدمات لهذه الدوائر أو تنفيذ المشاريع الحكومية المختلفة لذلك برزت الحاجة (نظراً لما يشهده العراق من بناء وإعادة أعمار في كافة المجالات والحقول ألاقتصادية وأنفتاح على الصعيد المحلي والأجنبي) إلى تنظيم عملية التعاقد التي تقوم بها الحكومة بشكل يضمن سعي الحكومة إلى أن تكون عملية تتسم بالشفافية وتحقيق المصلحة العامة من جانب، ومن جانب آخر عدم الأضرار بالمتعاقد معها لذلك صدر قانون رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ [٢]، والمسمى بـ (قانون العقود الحكومية

---

[١] عبد اللطيف قطيش، المصدر السابق، ص٢٥١-٢٥٨.

[٢] قانون العقود الحكومية رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ المنشور في الجريدة العراقية العدد ٣٩٨٤ لسنة ٢٠٠٤.

العامة) كما صدرت تعليمات رقم (١) لسنة ٢٠٠٧ ثم تعليمات رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ [١].فإن المشرّع قد فرض على الإدارة أتباع الطرق التي يحددها عند إبرام عقودها الإدارية ورسم إجراءات هذه الطرق وهي:

النبذة الأولى: أساليب الشراء

١. المناقصة العامة:

هي تلك التي يُعلن عنها لجميع الراغبين في التعاقد مع الإدارة دون تعيين، وهي القاعدة العامة في المناقصات التي تقوم على ثلاثة مبادئ رئيسية وهي ألإعلان، وحرية المنافسة، والمساواة بين المتنافسين [٢]، حيث تلتزم الإدارة باختيار أفضل من يتقدمون إليها من حيث الشروط الفنية والمالية [٣].

وهي تتشابه مع أسلوب المناقصة العمومية في لبنان.

٢. المناقصة المحدودة :

وتتم بإعلان الدعوة العامة من جهة التعاقد إلى جميع الراغبين في المشاركة بتنفيذ العقود بمختلف أنواعها ممن تتوافر فيهم شروط المشاركة وفقاً لما نصت عليه التعليمات الحكومية[٤].

لقد وضع المشرّع العراقي هذا ألأسلوب للتعاقد الإداري، لغرض السماح للإدارة باختيار من ترغب التعاقد معهم، ومن الذين قدموا عطاءاتهم في موضوع معين، وممن لديهم الإمكانيات والمؤهلات التي تؤدي إلى انجاز العمل بكل دقة واستمرارية حيث غالباً ما نلاحظ ذلك في عقود التوريد أو عقود الأعمال المدنية فإن الشركات التي تمتلك مؤهلات فنية من آليات وفنيين

---

(١) صدرت هذه التعليمات استنادا لأحكام الفقرة ١ من القسم ١٤ من قانون العقود الحكومية رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ ونشرت في الوقائع العراقية العدد ٤٠٧٥ في ٢٠٠٨/١/١٩.

(٢) د. مازن راضي ليلو، المصدر السابق، ص٢٨٢.

(٣) د. علي محمد بدير، د. عصام البرزنجي، د. مهدي السلامي، مبادئ وأحكام القانون الإداري، ١٩٩٣، ص٤٩٥.

(٤) حيث جاء في المادة (٤) – أولاً– من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ١ لسنة ٢٠٠٨. (أ . المرحلة الأولى: وتتضمن تقديم الوثائق الخاصة بالتأهيل الفني والمالي للمشاركين في المناقصة وحسب التشريعات القانونية النافذة ذات العلاقة بالموضوع وذلك لتقويمها من لجنة مختصة في الجهات التعاقدية للتوصل إلى اختيار المؤهلين للمشاركة في المرحلة الثانية، ب . المرحلة الثانية: وتتم بتوجيه الدعوة المباشرة (مجاناً) إلى المؤهلين للمشاركة لتقديم عطاء اتهم الفنية والتجارية (المالية) والشروط القانونية للمشاركة على أن لا تقل عن (٦) ستة دعوات).

اختصاصيين ولديها أعمال منفذة بنفس الاختصاص وكذلك لديها الإمكانيات المالية، هي الأفضل من بين الشركات الحديثة التشكيل التي ليس لديها الخبرة والإمكانيات الفنية والمالية لذلك تلجأ الإدارة بتوجيه الدعوة المباشرة (مجاناً) إلى ما لا يقل عن (٦) دعوات لهذه الشركات، وأن تحديد عدد (٦) هو لتحقيق مبدأ المنافسة بين العروض المقدمة من خلال لجنة مختصة تشكلها الإدارة، وهذا هو الاختلاف بينها وبين المناقصة العامة.

٣. المناقصة بمرحلتين [١] :

نصت على هذا الأسلوب المادة (٤- ثالثا) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية على شكل مرحلتين للحصول على العطاءات الفنية ذات المواصفات الخاصة التي ترغب الإدارة الحصول على أفضلها [٢].

حيث إنَّ المشرِّع قد جعلها من الأساليب المهمة التي تمكن الإدارة من الحصول على عرض فني دقيق عن طريق دعوة المناقصين وبدون إعلان وتطبق عليها كافة مراحل المناقصة عدا مرحلة الإعلان حيث يستوجب في المرحلة الأولى دراسة العروض المقدمة من المناقصين (العروض الفنية فقط) أو حاجة الإدارة إلى عطاءات متطورة وحديثة وغير مطروحة، وهذا يستتبع إعطاء

---

(١) كذلك هي إحدى أساليب التعاقد في القانون الأمريكي الواردة في (لائحة العقود الحكومية Federal Acquisition Regulation) (FAR). .. محمد محمد عبداللطيف، رسالة دكتوراه، امتيازات الإدارة في العقد الحكومي في النظام الأنكلوامريكي والعقد الإداري المصري، جامعة القاهرة، ٢٠١٠، ص١٧٢، .. وهذا الأسلوب التعاقدي هو أحد أساليب الشراء في القانون الصادر عن لجنة الأمم المتحدة المعنية بالقانون التجاري الدولي، في المادة (١٩) منه(المناقصات الدولية) للإطلاع أكثر تفصيلاً محمود محمد علي صبرة، إعداد وصياغة العقود الحكومية، دار الكتب القانونية-مصر، ٢٠١٠، ص٩٤-٩٥.

(٢) المادة ٤- ثالثاً- من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية.نصت على (أ. لرئيس جهة التعاقد أو من يخوله استعمال طريقة تقديم العطاءات بمرحلتين في التعاقد لكي يحصل على أفضل طريق يلبي أحتياجاته التعاقديةويعتمد هذا ألأسلوب في العقود ذات المواصفات الفنية المعقدة أو عند الحاجة إلى تطبيق مواصفات لا يكون من المجدي فيها صياغة تفاصيل المواصفات الفنية للسلع أو ألأشغال أو في حالة الخدمات لتحديد خصائصها أو ميزاتها بشكل دقيق ابتدأ ب - يجوز أن تسبق عملية تقديم العطاءات بمرحلتين إجراءات التأهيل المسبق المنصوص عليه في البند (ثانيا) من هذه المادة، ولغرض تنفيذ هذا الأسلوب يجب مراعاة مايأتي:١. المرحلة الأولى/دعوة مقدمي العطاءات لتقديم عروضهم الفنية على أساس التصميم الأولي ووصف الفعاليات ولرئيس جهة التعاقد تعديل إن تطلب الأمر ذلك.٢. المرحلة الثانية/دعوة مقدمي العطاءات الذين تم قبول عطاءاتهم الفنية وفق معايير التأهيل في المرحلة الأولى لتقديم عطاءاتهم المالية على أساس وثائق المناقصة المعدلة وفقاً للشروط التي تضعها جهة التعاقد).

الفرصة للمناقصين حرية أكبر في تقديم أكثر من عرض بما يحقق الهدف الذي ترغب الإدارة بتحقيقه أما المرحلة الثانية فإن الإدارة لا تدعو كل مقدمي العطاءات وإنما فقط الذين تم قبول عروضهم الفنية لتقديم عروضهم المالية.

ونشير إلى أن المشرّعين اللبناني والمصري لم يأخذا بهذا الأسلوب في التعاقد.

٤. الدعوة المباشرة:

حدَدَ المشرّع أصول إتباع هذا الأسلوب التعاقدي في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية [١]، حيث إنَّ الإدارة تمتلك بموجب هذا الأسلوب التعاقدي وبصورة استثنائية في الحالات المذكورة حيث المنافسة هنا تقتصر على عدة شركات (ما لا يقل عن ٣ شركات) ولا توجد فيها عملية

الإعلان التي هي موجودة في المناقصة العامة بل تتم عن طريق مخاطبتهم بصورة مباشرة [٢].حيث أكدَ ديوان الرقابة المالية الاتحادي على إن يكون إتباع هذا الأسلوب وفقاً لمبررات فنية متميزة وإلا على خلافه فعلى الإدارة أن تأخذ بأسلوب المناقصة [٣].

ونلاحظ أن المشرّع العراقي قد جعل هذا الأسلوب:

١- كأسلوب تعاقدي استثنائي عن الأساليب التعاقدية السابقة من حيث الحالات التي نصت عليها.

٢- ولكون هذا الأسلوب يستعمل مهما كانت القيمة التخمينية للمواد شرط تحقق أحد الحالات المدرجة.

---

[١] المادة ٥- رابعاً- من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية نصت (أ. توجه الدعوة المباشرة من جهات التعاقد إلى ما لا يقل عن (٣) ثلاثة مقاولين و/أو الشركات و/أو المؤسسات المعتمدة لقدرتها وكفاءتها الفنية والمالية عند تنفيذ العقود العامة بمختلف أنواعها وعند الضرورة ولوجود أسباب مبررة في أحدى الحالات الآتية:١. إذا كان العقد ذو طابع تخصصي و/او يتطلب السرية في كل من إجراءات التعاقد والتنفيذ وان تكون هناك أسباب أمنية تستدعي ذلك.٢. إذا كان الهدف هو تحقيق السرعة والكفاءة في التنفيذ خاصة في حالة الطوارئ والكوارث الطبيعية وتجهيز الأدوية والمستلزمات المنقذة للحياة.٣. عزوف مقدمي العطاءات عن المشاركة في المناقصات العامة المعلن عنها للمرة الثانية.ب . تزويد المجهزين والمقاولين والاستشاريين بوثائق العطاءات والمستندات مجاناً.ج . يعفى مقدموا العطاءات الموجه لهم الدعوة المباشرة من تقديم التأمينات الأولية.د. تتم مراعاة الصلاحيات المالية لأغراض الإحالة والتعاقد عند استخدام هذا الأسلوب).

[٢] المادة ٤- خامساً- من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية.

[٣] التقرير السنوي لديوان الرقابة المالية لعام ٢٠٠٩، الموقع السابق.

٣- أن المشرّع جعل من هذا ألأسلوب حلاً لمعالجة حالة عدم تقديم عروض في المناقصات العامة والمعلن عنها للمرة الثانية.

ويقابل هذا الأسلوب، أسلوب أستدراج العروض في لبنان.

٥. أسلوب العطاء الواحد (العرض الوحيد)

ويتم بتوجيه الدعوة مجاناً من جهات التعاقد لمناقص واحد فيما يتعلق بالعقود ذات الطبيعة ألاحتكارية لتجهيز أو تنفيذ الأعمال أو الخدمات ألاستشارية أو التصنيع وذلك عند الضرورة ولوجود أسباب مبررة تستدعي ذلك [١] :

حيث نلاحظ لجوء المشرّع إلى هذا الأسلوب لوجود الكثير من القطاعات ألاقتصادية في العراق يعود تنفيذها إلى شركات ذات طابع احتكاري وبذلك لا يمكن اللجوء إلى شركات أخرى بديلاً عنها وخاصة في قطاع الكهرباء والنفط حيث تتميز هذه القطاعات بالصفة التخصصية وبذلك تلجأ هذه الجهات إلى استعمال هذا الأسلوب، كما إنَّ هذا ألأسلوب ولكونه ذو عرض وحيد وبالتالي لا توجد منافسة مع عرض آخر، الأمر الذي يستدعي بالإدارة أن تنهي إجراءات التعاقد بوقت قياسي عن باقي الأساليب السابقة بعد أكمال ألإجراءات المطلوبة.كذلك أجاز المشرّع التفاوض على السعر حيث منع ذلك في كل الأساليب السابقة عدا هذا الأسلوب ويدل ذلك على أعطاء أكثر مرونة للإدارة في المناقشة والمفاوضة على كافة المسائل مع مقدم العطاء.

٦. لجان المشتريات

ويتم استخدام هذا الأسلوب لتجهيز دوائر الدولة بالسلع والخدمات التي يقل مبلغها عن (٥٠٠٠٠٠٠٠) خمسون مليون دينار أو أي مبلغ آخر يحدد في الموازنة الجارية مع مراعاة الضوابط التي تصدرها دائرة العقود العامة في وزارة التخطيط والتعاون ألإنمائي بالتنسيق مع الجهات ذات العلاقة [٢].

---

[١] المادة (٦- خامس عشر-) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية (يمنع أجراء التفاوض على الأسعار باستثناء أسلوب العطاء الواحد).

[٢] المادة ٤-سادساً- من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية.

النبذة الثانية:اسلوب البيع (المزايدة)

إنَّ المزايدة العامة هي طريقة من طرق التعاقد التي تتبعها الإدارة وهذه الطريقة تُتبع من قبل الإدارة عندما تروم بيع أو أيجار أموالها المنقولة أو غير المنقولة، تهدف الإدارة من هذه الطريقة الحصول على أعلى الأسعار، وتحقيق أقصى ما يمكن من الوفر المالي للخزينة العامة.ونظراً لاختلاف إجراءاتها وطبيعتها عن المناقصة فإن المشرّع قد نظم لها قانون خاص لتنظيم أحكامها [(١)].

كما أجازت تعليمات تنفيذ الموازنة الاتحادية (قانون رقم ٧ لعام ٢٠١٣)، للوزير من أعتماد أسلوب تنفيذ المشاريع والأعمال بطريقة (أسلوب المشروع الجاهز المفتاح باليد) من خلال استخدام أحد أساليب التعاقد المنصوص عليها في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ المعدلة والمقصود به هو المشروع الذي يلتزم المقاول بموجب العقد المبرم معه ولقاء المبلغ المثبت فيه بتنفيذ مراحله كافة بما في ذلك أعداد التصاميم الأساسية والتفصيلية حتى تشغيله وتسليمه وصيانته، والذي لا يتم اللجوء إليه إلا في الحالات التي تقضي المصلحة ذلك لأهمية المشروع بعد التأكدَ من عدم أمكانية تنفيذ المقاولة بالطرق والأساليب الأخرى) على أن يتم اعتماد الضوابط المحددة في التعليمات عندما ترغب الإدارة اعتماد هذه الطريقة [(٢)].

الفقرة الثالثة: أساليب التعاقد الإداري في مصر

تحددت أساليب اختيار الإدارة في مصر للمتعاقد معها بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات [(٣)]، وأوضحَ المشرّع أساليب التعاقد الإداري باعتبار إنَّ المناقصة والممارسة هو ألأسلوب العام للتعاقد ويجوز استثناءاً التعاقد بـ (المناقصة المحدودة، المناقصة المحلية، الممارسة المحدودة، الاتفاق المباشر) كما إنَّ القانون لم يُجزْ تحويل المناقصة إلى ممارسة عامة أو ممارسة محدودة [(٤)].

---

(١) قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم ٣٢ لسنة ١٩٨٦ نشر في جريدة الوقائع العراقية رقم العدد ٣٠٩٠ لسنة ١٩٨٦ الذي نظم كافة الإجراءات المتعلقة بالبيع والإيجار لأموال الدولة وبالشكل التالي:أ . إجراءات بيع وإيجار أموال الدولة غير المنقولة عن طريق المزايدة العامة.ب . إجراءات بيع وإيجار أموال الدولة المنقولة عن طريق المزايدة العامة.ج إجراءات التعاقد بالطريق المباشر كبديل لنظام المزايدة العلنية.

(٢) تعليمات تنفيذ الموازنة الإتحادية رقم ٧ لسنة ٢٠١٣

(٣) نشر القانون في الجريدة الرسمية العدد١٩ مكرر في ٨ مايو سنة ١٩٩٨.

(٤) ينظر المادة (١) من قانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ قانون تنظيم المناقصات والمزايدات.

حيث تسري أحكام القانون على وحدات الجهاز الإداري للدولة، من وزارات ومصالح وأجهزة لها موازنات خاصة وعلى وحدات الإدارة المحلية، وعلى الهيئات العامة الخدمية أو ألاقتصادية) وبالتالي فالجهاز الإداري ملتزم بأساليب التعاقد الإداري والإجراءات الخاصة به، حيث أن لكل من هذه الأساليب مجال عمله الذي لا يجوز أن يختلط من خلاله بغيره من الأساليب [1].

كذلك إن الإدارة يمكنها أللجوء إلى أساليب التعاقد المقررة بالقانون عند سحب العمل من المقاول وتنفيذه على حسابه بذات الشروط والمواصفات المعلن عنها وهذا يستتبع أن تقوم الجهة الإدارية في احتجاز كل أو بعض من مواد وآلات تعود للمقاول و أستحصال المبالغ المصروفة من مستحقات المقاول العينية والنقدية له [2] ونستعرض هذه الأساليب بالشكل التالي:

النبذة الأولى: أساليب الشراء

١. المناقصة العامة:

هي مجموعة من الإجراءات تهدف الإدارة من ورائها إلى اختيار المتعاقد الذي يتقدم بأرخص الأسعار، فالمناقصة تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة وبذلك يجب أنْ يُعلن عنها أعلانا عاماً[3]، لغرض إتاحة المجال لكل من يرغب بالاشتراك فيها بما يحقق مبدأ المنافسة والمساواة بين المناقصين حيث لا يمكن للإدارة أنْ تعدل شروط المناقصة بعد أنْ تم الإعلان عنها وتقدم المتناقصون بعطاءاتهم على هذا الأساس كما إنها لا تستطيع إعفاء بعض

---

(١) وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في قرار لها (أن من الاصول المسلمة أن الإدارة لا تستوي مع الأفراد في حرية التعبير عن الإرادة في إبرام العقود الإدارية كانت أو مدنية، ذلك إنها تلتزم في هذا السبيل بإجراءات وأوضاع رسمها الشارع في القوانين واللوائح كفالة لإختيار أفضل الشخاص للتعاقد سواء من حيث الأهلية أو حسن السمعة أو الكفاية الفنية أو المالية وضماناً في الوقت ذاته للوصول الى أنسب العروض وأكثرها تحقيقاً للصالح العام بحسب الغاية التي تستهدفها الإدارة من إبرام العقد) حكمها في الطعنين، ٣٢٠، ٤٥٦، ١٩٧٥/٤/٥، ذكرهما حمدي ياسين عكاشة، المصدر السابق، ص١٢٠ .

(٢) للإطلاع أكثر تفصيلاً، ماجد ملفي زايد الديماني، الجزاءات الضاغطة في العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، رسالة ماستر، جامعة القاهرة، ٢٠٠٨، ص١٧٢.

(٣) ينظر المادة ١٢ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات (معدلة بقرار وزير المالية رقم ٤٩٧ لسنة ٢٠٠٦.

المتنافسين من الالتزامات الواردة في دفتر الشروط أو الشروط العامة دون البعض الآخر، وهذا واضح من اختصاص جهة الإدارة اختصاص مقيد في اختيار المتعاقد معها [١].

وهي تعتبر مناقصة مفتوحة لعدد غير محدد من المناقصين، بحيث يمكن أنْ يشترك فيها كل شخص تتوافر فيه شروط المناقصة ويعتقد إنه قادر على تنفيذ العقد [٢]. وهي قد تكون داخلية (تعلن داخل مصر فقط) أو خارجية (يعلن عنها في مصر وخارجه).

لذلك نلاحظ إنَّ المناقصة العامة هي دعوة عامة لعموم القادرين على الاشتراك في المجال المعلن من الإدارة في تقديم عروضهم بدون استثناء للحصول على أفضل العروض بأقل الأسعار [٣].

٢. المناقصة المحدودة:

هي أسلوب تعاقدي استثنائي [٤] على الطريق العام للتعاقد (المناقصة العامة أو الممارسة العامة)، عندما ترغب الإدارة بالتعاقد في حالات خاصة تتطلب طبيعتها قصر الاشتراك في المناقصة على موردين أو مقاولين أو استشاريين أو فنيين سواء في مصر أو في الخارج على أنْ تتوافر بشأنهم شروط الكفاية الفنية والمالية وحسن السمعة [٥].

من خلال توجيه دعوة لأكبر عدد ممكن من ذوي الاختصاص ومن الأسماء المقيدة لدى السلطة المختصة [٦]، فهذا الأسلوب التعاقدي يعطي حرية للإدارة في اختيار بعض الأشخاص الذين ترى الإدارة كفاءتهم الفنية للتعاقد معها [٧].

---

[١] ابو بكر صديق عمر، رسالة ماجستير، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في إبرام العقود الإدارية بطريق المناقصات، جامعة بيروت العربية، ٢٠١٢، ص٣١.

[٢] د. محمد رفعت عبد الوهاب، المصدر السابق، ص٥١٢.

[٣] إنَّ السعر في العقد الإداري يمثل المقابل النقدي في العقود الإدارية الذي يستحقه المتعاقد مع الإدارة لتغطية نفقات وتكاليف العملية المتعاقد عليها، بالإضافة إلى أرباحه المشروعة وله عدة صور (أ. تحديد أجمالي لكامل الصفقة المتفق عليها، ب . تحديد جزئي وفقاً للأجزاء التي تم تنفيذها، ج . يحدد وفقاً للسعر المحدد في تاريخ معين). .ينظر، د. نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، منشورات زين الحقوقية، ط١، ٢٠١٠، ص٤٣٣-٤٣٦.

[٤] المادة (١) من قانون المناقصات والمزايدات رقم٨٩ لسنة ١٩٩٨.

[٥] ينظر المادة (٣٤) من اللائحة التنفيذية.

[٦] المادة (٣٥) من اللائحة التنفيذية (مستبدلة بقرار وزير المالية ٤٧٩ لسنة ٢٠٠٦).

[٧] د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المصدر السابق، ص١٦٣.

حيث يشترط لتوجيه الدعوة للاشتراك في هذا النوع من المناقصات أن توجه الدعوة بكتاب موصى عليه بعلم الوصول مع مراعاة أن تصل الدعوة قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف بـ ١٥ يوم على الأقل، ويجوز بالإضافة إلى ألأسلوب السابق أن توجه الدعوة بأية طريقة أخرى مناسبة مع أثبات موعد تسلمها لأصحاب الشأن كأن يكون ذلك من خلال التسليم الشخصي أو من خلال الرسائل عن طريق الفاكس، وما عدا ذلك تخضع المناقصة المحدودة لكافة القواعد والإجراءات الخاصة بالمناقصة العامة [١].

لذلك يتضح لنا إنَّ المناقصة المحدودة تلجأ أليها الإدارة في حالة إذا كان محل المناقصة من المجالات الدقيقة والتي تقتضي طبيعتها اشتراك جهات متخصصة تتمتع بالخبرة والكفاءة [٢].

٣. المناقصة المحلية:

يكون التعاقد بطريق المناقصة المحلية فيما لا تزيد قيمته على أربعمائة ألف جنيه، ويقتصر ألاشتراك فيها على الموردين والمقاولين المحليين الذين يقع نشاطهم في نطاق المحافظة التي تم بدائرتها تنفيذ التعاقد [٣].

٤. الممارسة [٤] :

تعتبر الممارسة من أحد أساليب التعاقد الإداري في مصر الذي يتيح للإدارة حرية في اختيار المتعاقد معها في أطار من المنافسة والذي يعتمد على المناقشات والمداولات كمحور

---

[١] ينظر د. عادل السعيد ابو الخير، المصدر السابق، ص٦٣٨.

[٢] المناقصة المحدودة تبدو ملائمة للأعمال والتوريدات ذات الأهمية الكبيرة، كإنشاء مطار جوي او ميناء بحري أو مفاعل نووي أو توريد أجهزة علمية دقيقة، ففي مثل هذه الحالات تقصر الإدارة على عدد محدود من المقاولين أو الموردين ذوي الخبرات الفنية الكبيرة التي تتلاءم مع أهميتها والإدارة هنا تستطيع أن تستبعد أي شخص أوشركة من المناقصة برغم سبق اشتراكه في مناقصة أخرى وليس عليها بيان أسباب ألاستبعاد. ..د. محمد رفعت عبد الوهاب، المصدر السابق، ص٥١٢.

[٣] المادة (٤) من قانون المناقصات والمزايدات رقم٨٩ لسنة١٩٩٨ (مستبدلة بالقانون رقم ١٩١ لسنة ٢٠٠٨).

[٤] الممارسة مصطلح إداري تعني قيام الإدارة بالتفاوض مع المتنافسين من أصحاب عروض التعاقد، في جلسة علنية، للوصول إلى أفضل الشروط وأقل الأسعار التي يقبلها أحدهم فتبرم العقد معه، ويطلق على الممارسة في القانون اللبناني (استدراج العروض) ينظر د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، الدار الجامعية للطباعة، بيروت، ٢٠٠٠، ص٣٧.

أساسي بين المسئول عن التعاقد من جانب الإدارة وبين مقدمي العروض، تدور هذه الحوارات حول بنود التعاقد وشروطه، وتسعى الإدارة دائماً إلى الانتهاء من هذه المناقشات للوصول إلى أفضل العطاءات (١).وهي تخضع للمبادئ التي تخضع لها المناقصة العامة، من (العلانية، تكافؤ الفرص، المساواة، حرية المنافسة (٢).

فالممارسة كأسلوب للتعاقد الإداري، تتعارض مع المناقصة العامة التي تفرض بآلياتها على الإدارة اختيار مقدم العطاء الذي يقدم أقل سعر، في حين إنَّ الممارسة تعطي الإدارة قدراً كبيراً من المرونة والاختيار، لذا فإن الممارسة تتطابق مع ما هو مقرر في القانون الخاص من حرية اختيار المتعاقد معه (٣).

وإنَّ الممارسة تكون على نوعين :

أ. ممارسة عامة: وهي تعلن فيها الإدارة عن الممارسة بشكل عام حتى تستطيع التفاوض مع عدد كبير من الأفراد للوصول إلى أفضل عرض فني وأقل سعراً وهذا ما أكدَته الجمعية العمومية للإفتاء والتشريع (إنَّ ما تنضبط على هداه أصول الممارسات العامة توفر عنصر العلانية والمساواة حرية التنافس بين المتمارسين مما يتحقق به تكافؤ الفرص وإلا حادت الممارسة عن الهدف الذي تقررت من أجله وفات الغرض من عقدها.ومما يتصل بهذه الأسس على نحو ما تتكامل به حريات التفاضل بين العطاءات المتمارسة على أساس الالتزام الكامل بالشروط المعلن

---

(١) د. محمد أحمد عبد المنعم، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية دراسة مقارنة، دار النهضة العربية القاهرة، ٢٠٠٠، ص١٥٣ (لذلك تعتبر طريقة تتميز عن أسلوب المناقصة التقليدي ان الإدارة تستطيع بعد ترشيح أحد المتقدمين للتعاقد معه، أن تطلب منه أن يخفض أسعاره والتفاوض معه على الشروط الأخرى). ومن جانب آخر فإن المفاوضات تلعب دوراً هاماً في مجال العقود التي تبرمها الإدارة وذلك استجابة للتطور الهائل في وسائل الإنتاج الصناعي والتكنولوجي، والطرق الحديثة للتسويق، لما تنطوي عليه تلك العقود من مخاطر جمة، إضافة لقيمتها الهائلة الأمر الذي يجعل في بعض الأحيان تستمر المفاوضات لفترات طويلة، الأمر الذي يتطلب الالتزام بالمبادئ العامة التي تحكم المفاوضات (مبدأ حسن النية، مبدأ المبادرة لإزالة المراكز القلقة، مبدأ الالتزام بالإدلاء بالمعلومات والبيانات، مبدأ المحافظة على السرية، مبدأ منع رشوة المفاوض). ...ينظر بذلك د. حمدي بارود، دراسة حول المبادئ التي تحكم المفاوضات في عقود نقل التكنولوجيا، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، عدد٧٤، ٢٠٠٤، ص٦٤٢-٦٤٦.

(٢) المادة (٢) من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨

(٣) Franceis Liorens. contrat Dentreprise de Travaux Publics. Paris.1981.p.96

نقلا عن د. محمد أحمد عبدالمنعم، المصدر السابق، ص١٤١.

عنها في الممارسة المطروحة في توحيد أمين لأسس المقارنة من جميع النواحي الفنية والمالية بحيث تأتي الترسية على أقل العطاءات سعراً وأفضلها شروطاً موافقة بين اعتباري الصالح المالي للخزانة العامة والمصلحة الفنية للمرفق العام من جانب، ومن جانب آخر موفرة لتنافس أنزه ما تستلزمه اعتباراته من مساواة وحرية في أطار ما هو معلن عنه) [١].والممارسة العامة هي التي يسمح فيها لكل من يجد في نفسه الصلاحية للتعاقد مع الإدارة بشأن الصفقة المعلن عنها بأنْ يتقدم بعطائه للجهة المختصة ويكون التعاقد بطريق الممارسة العامة بقرار من السلطة المختصة التي تصدر قراراً بتشكيل لجنة الممارسة [٢].

ب . الممارسة المحدودة: لقد حدّدَ قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ الحالات التي يتم التعاقد فيها بطريق الممارسة المحدودة [٣]، وكذلك حددت اللائحة التنفيذية [٤]، فطريقة تقديم العروض بيَّنت بأنه يتم توجيه دعوة لتقديم العروض بخطابات موصى بها على أنْ تتضمن كافة البيانات وكذلك يجوز إنه في حالة الأمور المستعجلة وبموافقة السلطة المختصة إرسال الدعوة مع مخصوص تسلم أصولياً مع مراعاة توجيه الدعوة إلى أكبر عدد ممكن من المتخصصين وذوي الخبرة المسجلين بسجلات الجهة الإدارية الأمر الذي يتطلب أن تكون الإدارة على دراية كاملة وبتحديث مستمر للمختصين المقيدين في سجلاتها.

٥. الاتفاق المباشر:

إنَّ التعاقد بطريق الاتفاق المباشر هو طريق استثنائي تلجأ له الإدارة في الحالات التي نص عليها القانون بقرار مسبب من السلطة المختصة في الحالات والحدود المنصوص عليها بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات[٥]، وتحدد تلك السلطة من يناط بهم إجراء التعاقد من أهل الخبرة في العملية المطروحة والذين يقع على عاتقهم مسؤولية التحقق من مطابقة الأصناف أو الأعمال من حيث النوع والمواصفات للغرض المطلوب من أجله وأن الأسعار مناسبة لسعر

---

[١] فتوى الجمعية رقم ٨٠ تاريخ٢٠٠٢/١/٣١ جلسة ٢٠٠١/١١/٧ ملف رقم ٥٦/٢/٧٨ نقلا عن د. خالد عبد الفتاح محمد، ، المشكلات العملية في قانون المناقصات والمزايدات، ٢٠١٠، ص١٨٥.

[٢] د. ماجد راغب الحلو ، المصدر السابق، العقود الإدارية، ص ٩٣.

[٣] المادة (٥) من قانون المناقصات والمزايدات رم ٨٩ لسنة ١٩٩٨.

[٤] المادة ٤٧ من اللائحة التنفيذية (مستبدلة بقرار وزير المالية رقم ٤٩٧ لسنة ٢٠٠٦).

[٥] المادة ٧ من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨.

السوق من واقع ما يتم الحصول عليه من عروض من أصحاب المنشآت الصغيرة والمتناهية الصغر يتم أرفاقها بأوراق العملية (١).

ولم يجوز المشرّع المصري تكرار التعاقد بطريق الاتفاق المباشر أكثر من مرة واحدة في ذات السنة المالية بالنسبة لذات العملية موضوع التعاقد إلا في الحالات التي لا يجاوز فيها مجموع قيمة ما تم تكراره من تعاقدات عن ذات العملية الحد الأقصى المقرر قانوناً على أن يكون اعتماد نتيجة التعاقد بطريق الاتفاق المباشر من السلطة المختصة (٢).

وتتيح هذه الوسيلة من وسائل التعاقد للإدارة حرية كبيرة في اختيار المتعاقد معها لا يقيدها في ذلك سوى اعتبارات الصالح العام (٣).وهذا ما جعل المشرّع أن يكون قراره، عند اختيار أسلوب ألاتفاق المباشر، مسبب من أعلى سلطة في الجهة المعنية (رئيس الهيئة أو المصلحة، الوزير أو من يخوله والمحافظ، رئيس الوزراء) (٤).

النبذة الثانية:أسلوب البيع (المزايدة)

نصَ القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨قانون المناقصات والمزايدات، على أنْ يكون بيع وتأجير العقارات والمنقولات والمشروعات التي ليس لها الشخصية الاعتبارية والترخيص بالانتفاع

---

(١) المادة ٥٠ من اللائحة التنفيذية (مستبدلة بقرار وزير المالية رقم ٤٩٧ لسنة ٢٠٠٦). وأن هذا الأسلوب يطلق عليه في فرنسا (Les marches negocies)، ويعني التعاقد بناء على مفاوضة، بمعنى أنَّ الإدارة تبرم عقودها وفقا له دون التقيد بشكليات معينة، مروراً بمناقشات ومفاوضات مع الطرف الآخر لتحقيق الصالح العام ينظر د. محمد أحمد عبد المنعم، المصدر السابق، ص١٦٥.

(٢) المادة ٥١ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة١٩٩٨.

(٣) د. محمد فؤاد عبد الباسط، المصدر السابق، ص٥٣٧وبذات المعنى ينظر د. عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص٢٦٥و (كذلك إنه يمكن الشراء بالأمر المباشر إذا كان الصنف المطلوب ليس له إلا مورد واحد يكون هو المنتج أو الموزع أو الوكيل الوحيد كذلك في حالة إذا كان قد سبق شراء نفس الصنف منذ فترة ليست طويلة وتم شراء وه بناء على مناقصة ولم يطرأ على ظروف السوق ما يوحي بتغيير الأسعار ففي هذه الحالة يتم شراء الصنف بالأمر المباشر من نفس المورد السابق وبنفس السعر والشروط..ينظر د. خميس السيد إسماعيل، العقود الإدارية والتعويضات، موسوعة القضاء الإداري، دار محمود للنشر، القاهرة، ٢٠٠٢، ص٥٧.

(٤) وقد يسمى الأمر المباشر أو ما يسمى الشراء المباشر أو التكليف المباشر لأنه غير محدد القيمة، إذ تستطيع الجهة المعنية تلزيم المقاول أو المورد بالأمر المباشر مهما كانت القيمة، فقد قيد المشرّع سلطة إصدار هذا الأمر، فجعله من صلاحية أعلى سلطة في الجهة المعنية كالوزير بالنسبة للوزارة والمدير العام بالنسبة للمؤسسات والشركات، حيث إنه استثناء خطير على قاعدة المناقصة العامة فإنه يجب أن يقدر بقدر ولذلك وجب التقيد بالحالات المبررة لإصداره...ينظر د. عبد الرءوف جابر، المصدر السابق، ص٦٥.

أو باستغلال العقارات بما في ذلك المنشات السياحية والمقاصف عن طريق مزايدة علنية عامة أو محلية أو بالمظاريف المغلقة.كما أجاز المشرِّع على سبيل ألاستثناء وبقرار مسبب من السلطة المختصة أنْ يتم البيع أو التأجير أو الترخيص أو باستغلال العقارات عن طريق الممارسة المحدودة في الأحوال التالية[1]:

١. الأشياء التي يخشى عليها من التلف ببقاء تخزينها.
٢. حالات الاستعجال الطارئة التي لا تحتمل أتباع إجراءات المزايدة.
٣. الأصناف التي لم تقدم عنها أية عروض في المزايدات أو التي لم يصل ثمنها إلى الثمن الأساسي.
٤. الحالات التي لا تتجاوز قيمتها الأساسية خمسين ألف جنيه.

المطلب الثاني: ألأسس التي تستند عليها أساليب التعاقد

تعتمد أساليب التعاقد على أسس عامة، لضمان الحصول على أفضل العروض من الناحية المالية والفنية، من خلال ضمان اشتراك أكبر عدد ممكن من الأشخاص الطبيعيين والمعنويين، وهذه الأسسْ تسمح للإدارة بأنْ تكون إجراءاتها ذات شفافية عالية وحيادية وعدم الطعن فيها، مع أعطاء الثقة للراغب بالتعاقد معها في تقديم عرضه في الخدمة المعروضة من الإدارة، فتمثلت هذه الأسس بالمبادئ (مبدأ العلانية، حرية المنافسة، مبدأ المساواة) للعمل بموجبها إلا ما أستثني منها بموجب القانون أو التعليمات وهذا ما سنتناوله في الفقرات الآتية:

الفقرة الأولى:مبدأ العلانية

يعتبر مبدأ العلانية في إجراء المناقصات العمومية، القاعدة الجوهرية، في هذا المجال بل إنَّ نعت المناقصة بأنها عمومية تتضمن هذا المبدأ من خلال هذا النعت، فالمناقصة هي للعموم، أي لعموم من تتوافر فيهم شروط الاشتراك فيها، فجميع شؤونها وما يتعلق بها يجب أنْ يتم في وضح النهار، لغرض ألابتعاد عن الوقوع في دائرة الشك والشبهة [2].

---

[1] المادة (٣٠) من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨.

[2] عبد اللطيف قطيش، المصدر السابق، ص١٣.

فهذا المبدأ هو لتمكين الأفراد ومن له الرغبة في الاشتراك وتتوفر فيه الشروط اللازمة للاشتراك، من الحصول على دفتر الشروط وما تنوي الإدارة إنجازه فعملية الإشهار هذه تتم في حالة إذا كان طلب العروض مفتوح [١].

فالعلانية دليل على النزاهة والشفافية من قبل الإدارة العامة، وتتحقق العلانية من خلال الإعلان عن رغبة الإدارة بالتعاقد بمختلف الوسائل المألوفة، سواء بالصحف المحلية أو الإذاعة المحلية والدولية، الانترنيت وعادة ما تقوم الدوائر الحكومية بنشر العطاءات على الشبكة الدولية و لكون المختصون يستعرضونها بشكل مستمر [٢].

وفي الوقت الحاضر فإنَّ الشركات باتت تنظر إلى الدول من خلال درجة إحكام وسلامة وشفافية إجراءات المناقصة العامة كونها من أهم المؤشرات على مدى أمكانية نجاح المشروع في حال تطبيقه فعلياً مستقبلاً (وخاصة المشاريع الكبيرة وذات الفقرات الطويلة)، الأمر الذي يرتب على الحكومة أن تعمل على كسب ثقة الشركات الخاصة التي ترغب في التقدم لمشاريعها من خلال جعل المناقصة عامة مفتوحة سليمة وإجراءات اختيار أفضل عطاء تتسم بالنزاهة والشفافية والابتعاد عن المصالح الخاصة [٣].

ففي لبنان إنَّ مبدأ العلانية يتمحور، وفقاً لأحكام المحاسبة العمومية حول موجبين:

١. الإعلان المسبق عن المناقصات العمومية والمحصورة، على أساس برنامج سنوي عام [٤]، وهذا يهدف إلى أعلام كل من يرغب بالاشتراك في المناقصات و ألإطلاع على شروطها لغرض التحضير لها.
٢. الإعلان المسبق عن كل مناقصة عمومية [٥]، وهذا يتيح للراغبين بالاشتراك للاطلاع على شروطها الإدارية والمالية الفنية.

وكذلك الحال فإنَّ المشرّع العراقي قد أشار إلى هذا المبدأ في قانون العقود العامة حيث أكدَ على أن تكون دعوة المناقصين بشكل علني حتى يسمح لأكثر عدد ممكن من الراغبين بالتعاقد في خوض هذه العملية التعاقدية والتي تؤدي إلى العدالة والمساواة [٦].

---

[١] د. محمد الآعرج، المصدر السابق، ص٧٣.

[٢] د. حمدي القبيلات، المصدر السابق، ص١٢٠.

[٣] د. سمير عبد العزيز، المصدر السابق، ص٣٣.

[٤] ينظر المادة (١٢٢) من قانون المحاسبة العمومية اللبناني١٤٩٦٩ تاريخ ١٩٦٣/١٢/٣٠.

[٥] ينظر المادة (١٢٨) من قانون المحاسبة العمومية رقم١٤٩٦٩ تاريخ ١٩٦٣/١٢/٣٠

[٦] ينظر (القسم١- ١-أ) من قانون العقود لحكومية رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ كذلك ينظر المادة (١) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ١ لسنة ٢٠٠٨.

والمشرّع المصري قد أشار كذلك إلى ضرورة أن يكون مبدأ العلانية لما يحقق من تكافؤ الفرص وحرية في المنافسة وضمان الاشتراك أكبر عدد مكن ممن يحق لهم الاشتراك في تعاقدات مع الإدارة سواء أكان داخل أو خارج مصر (١). وهذا ما كرسه القضاء المصري في أحد قراراته (٢).

كذلك فإن مبدأ العلانية لا يتنافى مع مبدأ العلانية في المناقصات السرية، لأن السرية في هذه الحالة لا تعني إنَّ الناس لا تعلم بالعقد بل هم على علم بالتعاقد من خلال الإعلان في الصحف، ولكن السرية تتمثل في الناحية الفنية وضمن مرحلة من مراحل فحص العطاءات المقدمة (٣).

الفقرة الثانية: مبدأ حرية المنافسة

تعني المزاحمة بين المشتركين بالمناقصة حتى تتمكن الإدارة من الحصول على أفضل الأسعار مع ملاحظة إنه يمكن حصر المزاحمة بفئة معينة من المناقصين ممن تتوفر فيهم الكفاءات والمؤهلات المطلوبة (٤).

كما إنَّ هذا المبدأ يجد تطبيقه الحقيقي في المناقصة العامة، وهو يعني إتاحة الفرصة لكل من تتوافر فيهم الشروط للتقدم للمناقصة، ذلك إنَّ من حق كل شخص أستوفى شروط المناقصة التنافس حتى يرسو العطاء عليه، ولا يجوز حرمانه من هذا الحق بدون سبب قانوني (٥).

هذا وإنَّ أساس المنافسة الحرة يقوم على فكرة الليبرالية الاقتصادية القائمة على حرية المنافسة، وفكرة المساواة بين الأفراد في الانتفاع من خدمات المرافق العامة (٦).

---

(١) ينظر المادة ٢ (قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨)

(٢) وهذا ما أكدَت عليه الجمعية العمومية للفتوى والتشريع جاء فيه (أن المشرّع أخضع المناقصات والممارسات لمبادئ أحاطها بسياج من الضمانات تمنع العبث في إجراءاتها أو التلاعب في نتيجتها وصولاً إلى التعاقد مع صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً من خلال علانية الإجراءات وكفالة مبادئ المساواة وتكافؤ الفرص وحرية المنافسة).فتوى رقم ٢٧٠ تاريخ ٢٠٠٤/٣/٣٠ جلسة ٢٠٠٣/٦/٤ نقلاً عن د. خالد عبد الفتاح، المصدر السابق، ص١٩٨.

(٣) عبداللطيف نايف عبداللطيف، رسالة دكتوراه، التنظيم القانوني للمفاوضات في العقود الإدارية، جامعة بغداد، ٢٠٠٦، ص٢٤.

(٤) ينظر د. فوزت فرحات، المصدر السابق، ٢٠٠٤، ص٤٧٠.

(٥) د. محمد رفعت عبد الوهاب، المصدر السابق، ص٥١٣.

(٦) De Laubadere- Traite Theorque et pratique de droit administrative 1956 p 269

كما يوجب هذا المبدأ يقوم على الإدارة الوقوف حيادياً إزاء المتنافسين، فهي ليست حرة في استخدام سلطتها التقديرية بتقرير فئات المقاولين التي تدعوها وتلك التي تبعدها [١].

وهذا يعني إن كل من يملك قانوناً أن يتقدم إلى المناقصات العامة، الحق في ألاشتراك فيها على قدم المساواة مع باقي المتنافسين، وليس للإدارة أن تقيم أيَ تمييز غير مشروع بين المتنافسين [٢].

ففي فرنسا فقد نص عليه تقنين عقود الشراء العام الفرنسي رقم ٧٢٩- ٦٤والصادر بتاريخ١٩٦٤/٧/١٧، في المادة (٨٥) بالنسبة للمناقصات في عقود الدولة، وفي المادة (٢٨١) بالنسبة للمناقصات في العقود المحلية، كما أشارَ إليه تعديل تقنين عقود الشراء العام الفرنسي الصادر بالمرسوم رقم ١٥-٢٠٠٤ بتاريخ ٢٠٠٤/١/٧، إذ نصت المادة (١) منه (في العقود الإدارية مهما كانت قيمتها، يجب احترام مبادئ حرية الدخول إلى المنافسة، المساواة بين المتعاقدين، الشفافية في ألإجراءات) [٣].وقد أكدَ على هذا المبدأ مجلس الدولة الفرنسي على هذا المبدأ بعدم السماح للإدارة بأن تفضل مشترك على آخر ورفض أية شروط تضعها الإدارة تؤدي إلى الإخلال بهذا المبدأ [٤]،

وعلى غرار الموقف الفرنسي، أكدَ ديوان المحاسبة العمومية اللبناني على التأكيد على مراعاة عنصر المنافسة فعند تدقيقه في ملفات الصفقات التي تخضع لرقابته المسبقة، فقد قرر ديوان المحاسبة رفض المصادقة على صفقات لم تخضع لمبدأ المنافسة [٥]. وفي قرار آخر أوجب ديوان المحاسبة على الإدارة أنْ تتعامل مع مقدمي العروض بشكل متساوي جاء فيه (بما

---

[١] Flamme – Traite Teorique et pratique. 1969. p. 306 نقلا عن د. مازن راضي ليلو، المصدر السابق، ص٢٨٣.

[٢] د. سليمان الطماوي، المصدر السابق، ص٢٥٠.

[٣] د. عارف صالح مخلف، علي مخلف حماد، مبدأ حرية المنافسة في التعاقد في المناقصة، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الأنبار، عدد٥، ٢٠١٢، ص٢٦٠.

[٤] د. مهند مختار نوح، المصدر السابق، ص٤٩٦ (حكمBourgade تاريخ١٩٤٨/٧/٩، حكم Fracottras تاريخ ١٩١٤/٦/٤).

[٥] قرار ديوان المحاسبة رقم ٢٨٦/رم، تاريخ١٩٨٣/٥/١٣، مجموعة آراء ديوان المحاسبة ألاستشارية والاجتهادات لعام١٩٨٣، ص٤٨٠.وقرار آخر بالرقم ١٣٧٥/رم، ٢٠٠٤/١٠/١٤، مجموعة آراء ديوان المحاسبة ألاستشارية والاجتهاداتلعام٢٠٠٤، ص٥٤٢.

أن اللجنة أجازت استكمال العرض لأحد العارضين فقط دون سواه، تكون اللجنة قد أخلت بمبدأ المنافسة وهو أحد أركان المناقصة [١].

أما في العراق فقد اشترطت التعليمات الخاصة بتنفيذ العقود الحكومية على ضرورة أنْ تتم إجراءات المناقصة بالعمومية والتنافسية والعدالة والشفافية [٢].

كما أكدَ على هذا المبدأ قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لسنة١٩٩٨ حيث أوضحَ (تخضع كلٌ من المناقصة العامة والممارسة العامة لمبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة) [٣]. وكذلك فعلَ القضاء المصري في التأكيد على حرية المنافسة وشفافية المفاضلة بين العطاءات المقدمة [٤].

الفقرة الثالثة: مبدأ المساواة

يحرصُ المشرّع على تحقيق مبدأ المساواة بين الراغبين في التعاقد مع الإدارة، لذلك ينص على وجوب ألإعلان عن موضوعها وتنظيمها في الجريدة الرسمية، والصحف المحلية حتى يتمكن المشاركين فيها من تجهيز الوثائق والأموال اللازمة لذلك، كما يستلزم لتحقيق هذا المبدأ أنْ تُعاملْ الإدارة جميع الطلبات المقدمة لها للمشاركة في المناقصة على قدم المساواة فيما يخص الشروط المالية والفنية والوثائق اللازمة والمواعيد المقررة والإجراءات دون أية محاباة أو تمييز [٥].

وهو من المبادئ ذات القواعد الدستورية، فالمواطنون متساوون أمام القانون وهذه القاعدة تُلزم المشرّع والإدارة معاً، فإذا رفضت الإدارة الترخيص لشخص، بينما منحته لآخر مع تماثل الظروف كان قرارها مشوباً بعيب الإخلال بالمبادئ الدستورية العامة [٦].

---

(١) قرار ديوان المحاسبة رقم ١٠٨٨/ر م، ٢٠٠٣/٩/١٨، مجموعة آراء ديوان المحاسبة ألاستشارية والاجتهادات لعام٢٠٠٣، ص٤٧٣.

(٢) ينظر المادة (١) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ١ لسنة ٢٠٠٨.

(٣) ينظر المادة (٢) من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨.

(٤) فتوى رقم ٧٥٣ تاريخ ٢٠٠٢/٨/١٥، ص٢٢٤ وفتوى رقم ٢١٠ تاريخ ٢٠٠٥/٣/١٠، نقلاً عن د. خالد عبد الفتاح محمد، المصدر السابق.ص٢١١.

(٥) د. عدنان عمرو,مبادئ القانون الإداري نشاط الإدارة ووسائلها، منشاة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص١٧٨.

(٦) د. محمد مصطفى حسن، الرقابة القضائية على حدود السلطة التقديرية، مجلة العلوم الإدارية، عد١، ١٩٨٠، ص١٢٥.

لذلك فإنَّ تحقيق مبدأ المساواة (كقاعدة دستورية) يضمن دائماً الأداء الأفضل في كافة المشاريع وخاصة المشاريع الإنشائية، ذلك إنَّ الشعور الذي ينشأ عنه في نفوس ألآخرين يجعلهم يُقدمون على التنافس وهم مطمئنون إلى عدالة الإجراءات وسلامة القرار الإداري الذي سوف يتخذ [١].

وهو لا ينحصر بالمناقصات فقط بل بكل تعاملات الدولة لذلك نصت عليه الدساتير المقارنة كونه مبدأ لا يمكن استغلاله أو وضع قيود عليه بصورة غير مشروعة[٢].

كما إنَّ هذا المبدأ يعود إلى الصفة التي تمتاز بها العقود الإدارية عن عقود القانون الخاص في إنَّ حرية الإدارة في اختيار المتعاقد معها مقيدة بقيود منها المساواة بين من يتنافسون على التعاقد معها، بغية الحصول على أحسن العروض، في حين في القانون الخاص للفرد أن يختار من يتعاقد معه بحرية كاملة، فهو حر أنْ يتعاقد أو لا يتعاقد وكذلك حراً في اختيار شخص من يتعاقد معه، ولكن في العقود الإدارية فإنَّ مبدأ المساواة يتحقق في أعطاء الفرصة لكل من يتقدم للتعاقد مع الإدارة دون تمييز بين شخص وآخر، بحيث لا يتم إعفاء بعض المتنافسين من شروط معينة دون ألآخرين، والمساواة المقصودة هنا هي المساواة القانونية وليست المطلقة، أي المساواة بين من تماثلت مراكزهم القانونية، أي وقوف الإدارة موقفاً محايداً إزاء المتنافسين، فالأصل إنها ليست حرة في استخدام سلطتها التقديرية بتقرير فئات المناقصين التي تدعوها، وتلك التي تبعدها[٣].

أكدَ على هذا المبدأ ديوان المحاسبة العمومية في أحد قراراته فقد أعتبرَ (إنَّ الإخلال بمبدأ المساواة بين العارضين والذي يعتبر كصفة جوهرية يعيب عملية التلزيم وان الفقه والقضاء قد استمرا على اعتبار كل من مبدأ العلنية ومبدأ المساواة ومبدأ المنافسة من المبادئ الأساسية التي ترعى عملية التلزيم) [٤]، كما أكدَ عليه مجلس شورى الدولة اللبناني في حكم له جاء فيه (إن مبدأ المساواة لا يطبق إلا بين الأشخاص أو مواطنيين هم بوضع مطابق إذ أن مبدأ المساواة

---

[١] د. عبد الرؤوف جابر، المصدر السابق، ص٣٤.

[٢] المادة ٧ من الدستور اللبناني، المادة ١٤ من الدستور العراقي.

[٣] د. حمدي القبيلات، المصدر السابق، ص١٢٠.وبذات المعنى (فإنه تكمن فلسفة المناقصة في فكرة المساواة بين المتنافسين على أساس مبدأ حرية المنافسة، فعلى الإدارة أن لا تخلق من وسائل التمييز القانونية والواقعية بين المتنافسين. .. أنظر د. محمد عبد المجيد أسماعيل، المصدر السابق، ص١٤٠.

[٤] ينظر عبد اللطيف قطيش، المصدر السابق، ص٤٠ وقرار ديوان المحاسبة رقم /ر م ١٢١٩ تاريخ ١٩٩٧/١١/٢٦، مجموعة آراء ديوان المحاسبة ألاستشارية والاجتهادات لعام١٩٩٧، ص١٢٩.

أمام القانون أم الأنظمة أم الأعباء العامة تعني المساواة في الحق وليس المساواة في الواقع)[١]. وإنَّ هذا المبدأ يقرر عدم التمييز بين جميع المتقدمين للاشتراك في المناقصة من حيث الشروط أو تفضيل أحدهم إلا على أساس الأفضلية في العروض وإلا جاز للمتنافسين إبطال المناقصة على أساس انتهاك مبدأ المساواة، ففي لبنان أذا تساوت العروض، أُعِيدت المناقصة بطريق الظرف المختوم بين أصحابها دون سواهم، فإذا رفضوا تقديم عروض جديدة أو إذا ضلت عروضهم متساوية عيّن الملتزم المؤقت بطريق القرعة بين أصحاب العروض المتساوية [٢].وقد أشارت لهذا المبدأ تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في العراق فقد أكدَت في تعليماتها التي تعتمد عليها دوائر الدولة في أتباع إجراءات التعاقد وأعتبر ذلك من الأولويات التي تستند عليها الإدارة عند بدء إجراءات التعاقد [٣].

وقد ربط القضاء الإداري المصري دائما على هذا المبدأ ومبدأ المنافسة الحرة كونهما يحققان أفضل شفافية ونزاهة في إجراءات التعاقد من قبل الإدارة للحصول على أفضل ما تبغي إليه الإدارة (سعراً ونوعاً) [٤].

الفقرة الرابعة: ألاستثناءات على مبدأ المنافسة والمساواة

إنَّ الأصل في المنافسة والمساواة بين المتقدمين وخاصة في المناقصات العامة المفتوحة هو أنْ يكون للأفراد حق التقدم للمناقصات العامة دون أن تستطيع الإدارة منع أحدهم أو حرمانه من حقه في التنافس للوصول إلى إرساء العطاء عليه، إلا إنَّ هذا المبدأ ترد عليه استثناءات هامة مردها إلى فكرة السلطة العامة وما تثيره من امتيازات بحق الإدارة من مباشرتها في مواجهة الأفراد وحماية للمصلحة العامة.

ألاستثناء الأول/ وهو ما يتعلق بذات الشخص المشترك في المناقصة وما يسمى (مبدأ الحرمان).

---

(١) شورى لبناني رقم ٧١/٩٢-٩٣، ١٩٩٣/١/٢٥، ميشال يوسف/الدولة، م ق أ، ١٩٩٤، عدد٧، ص١٣٤.

(٢) ينظر المادة (١٣١) من قانون المحاسبة العمومية، كما ينظر د. فوزت فرحات، المصدر السابق، ٢٠٠٤، ص٤٧١.

(٣) ينظر (القسم ١-١ ب) من قانون العقود الحكومية رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ والمادة (١) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ١ لسنة ٢٠٠٨.

(٤) فتوى رقم ٧٥٣ تاريخ ٢٠٠٢/٨/١٥، وفتوى رقم ٢١٠ تاريخ ٢٠٠٥/٣/١٠، ص٢١١ نقلاً عن د. خالد عبد الفتاح محمد، المصدر السابق. ص٢٢٤.

ألاستثناء الثاني/ وهو ما يتعلق بالعطاء المقدم من المشترك في المناقصة وما يسمى (مبدأ الاستبعاد).

وسنتناول كِلا المبدأين بالشكل التالي:

أولاً: مبدأ الحرمان

إنَّ هذا الاستثناء يتعلق بشخص مقدم العطاء حيث مُنحتُ الإدارة سلطة حرمان شخص أو مجموعة أشخاص من المشاركة في المنافسة وهذا الأجراء يوجه ضد الشخص وليس ضد العطاء.

فالحرمان هو قرار إداري يحول دون تقدم شخص ما للمنافسة في التعاقد مع الإدارة والذي يستتبع عدم قبول العطاءات التي يتقدم بها الشخص المحروم ولو كانت مستوفية لكافة شروط المناقصة [١].

والحرمان نوعان (نوع جزائي) بسبب التنفيذ المعيب لالتزام سابق و (نوع وقائي) لحماية المصلحة العامة.

١. الحرمان الجزائي

وهو الحرمان الذي يتم إيقاعه على الشخص كجزاء، ويجد هذا الجزاء سندهُ أما بنص القانون كعقوبة أصلية أو تبعية، أو بقرار من الإدارة نتيجة أخطاء أرتكبها المقاول أو المورد في تعاقدات سابقة معها [٢].

وبذلك يتبين إنَّ النص عليه يكون على نوعان:

أ. الحرمان الجزائي بنص القانون:

ويتم بأتباع هذا الحرمان بمقتضى نصوص قانونية أو تنظيمية جزائية في صورة عقوبة أصلية أو تبعية، عن أفعال أرتكبها الشخص طبيعياً كان أو معنوياً، لذا فإنَّ سلطة الإدارة في إيقاع هذا الجزاء لا تعدو أن تكون مجرد تطبيق للنصوص القانونية.

إنَّ قانون العقوبات الفرنسي لعام ١٩٩٣ أكدَ على الحرمان من المنافسة كعقوبة تبعية للعقوبات الأصلية لجرائم محددة هي (خيانة الأمانة المادة ٣١٤، تزوير أشارات وعلامات

---

[١] د. عارف صالح مخلف، المصدر السابق، ص٢٦٢.

[٢] د. عارف صالح مخلف، المصدر السابق، ص٢٦٣.

السلطةالمادة٤٤٤-أ، غصب الوظائف المادة ٤٣٣- ١٨، وأية جريمة ضد البشرية المواد ٢١١-١، ٢١٢-١، ٢١٢-٣). إنَّ تقنين عقود الشراء العام الفرنسي لعام ١٩٦٤ نصت المادة (٤٨) منه على عدم قبول عطاءات الأشخاص الطبيعية أو المعنويين الذين أشهر إفلاسهم أو الذين هم قيد التصفية القضائية [١].

وفي لبنان إنه إذا حكم على شخص بعقوبة جنائية [٢]، فإنه يتم حرمانه من مزاولة العمل ومنها الاشتراك بالتعاقد مع الإدارة.

أما في العراق فقد أوضح قانون العقود الحكومية رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ يحرم (يمنع) الأفراد أو الكيانات من الدخول في المنافسة المتعلقة بالتعهدات العامة الحكومية وفقاً للأحكام التالية ومنها (إذا أُدين بجريمة جنائية) [٣].

وفي مصر فقد أعتبر قانون العقوبات الحرمان الجزائي كعقوبة تبعية إذ نصت (كل حكم بعقوبة جنائية يستلزم حتماً حرمان المحكوم عليه من الحقوق والمزايا الأتيه:أولاً: القبول في أي خدمة في الحكومة مباشرة أو بصفة متعهد أو ملتزم أياً كانت أهمية الخدمة...) [٤].

ب. الحرمان الجزائي بقرار من الإدارة

وهو يتم بقرار من الإدارة لأخطاء أرتكبها الشخص الطبيعي أو المعنوي في تعاقدات سابقة مع الإدارة [٥].

---

(١) د. مهند مختار نوح، المصدر السابق، ص٥٥٠.

(٢) كما تعتبر من التدابير الاحترازية المانعة للحقوق، في منعه من مزاولة العمل، وإذا تقرر المنع من مزاولة العمل، فليس للمحكوم عليه أن يعود إلى مزاولة عمله لا باسمه الشخصي، ولا لحساب الغير ولا بالواسطة، وكل مخالفة لهذه القاعدة تعرضه للعقاب (المادة ٩٤ عقوبات لبناني) (المرسوم الإشتراعي رقم٣٤٠ في ١/٣/ ١٩٤٣) ينظر د. سمير عالية، الوسيط في شرح قانون العقوبات، المؤسسة الجامعية للنشر، ط١، ٢٠١٢.

(٣) القسم٩ من قانون العقود الحكومية رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ كذلك أشارت تعليمات العقود الحكومية رقم ١ لسنة ٢٠٠٨ في المادة (٨) منها (حيث أشارت إلى أدراج المتعاقدين المخلين بالتزاماتهم التعاقدية في القائمة السوداء باعتماد على آلالية المبينة في تعليمات تسجيل وتصنيف المقاولين العراقيين الصادرة عن وزارة التخطيط والتعاون الإنمائي رقم (٥٢) لسنة ٢٠٠٩ حيث حددت الحالات التي يتم أدراج مرتكبها في القائمة السوداء ومنها (ب. ثبوت رشوة أحد منتسبي الحكومة ج- ثبوت القيام بتزوير العطاءات أو أية وثيقة من مستندات المقاولة) وبهذا فإن الحرمان يتقرر كعقوبة تبعية، حيث نلاحظ دائماً أن وزارة التخطيط تعمم على دوائر الدولة قوائم بأسماء الشركات المدرجة ضمن القائمة السوداء ويحدد فيها أسم الشركة ومدة الحرمان وسبب الحرمان والدائرة المتضررة.

(٤) المادة (٢٥) من قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧.

(٥) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المصدر السابق، ص١٧٦.

وذلك بسبب أخطاء أرتكبها سببها التنفيذ المعيب لعقود سابقة مع الإدارة، سواء كان منصوص على ذلك في العقد أم في دفتر الشروط أم لم يكن قد نص على ذلك.وإنَّ هذا الحرمان هو جزاء تعاقدي، ويُعتبر تطبيقاً من تطبيقات الجزاءات في العقود الإدارية، ومن ثم فهو يخضع لأحكام هذه النظرية، وعلى الأخص باعتباره سلطة مقيدة يراقبها القضاء [1].

ففي فرنسا فإنَّ الحرمان يكون كجزاء على الإخلال بالتزامات تعاقدية سابقة ويعتبر كجزاء على خطأ تعاقدي، ويخضع للنظرية العامة للجزاءات التعاقدية، ولكن عندما ينص العقد على مخالفات محددة بموجب ألاستبعاد العام لا يمكن للإدارة أن تخرج عن هذه المخالفات لتقرير الجزاء ذاته، أما إذا لم ينص العقد على المخالفات التي تستوجب الحرمان يمكن للإدارة أن تقرر هذا الجزاء ذاته نتيجة أي تقصير أو خطأ تعاقدي صادر عن متعاقدها، ويراقب القاضي الإداري الوجود القانوني والواقعي للأسباب التي أدت إلى إصدار قرار الحرمان، حيث يزن جسامة الخطأ المرتكب، وفيما إذا كانت تصرفات المتعاقد تشكل مخالفات جوهرية بالنسبة لنظام العمل وحسن سير المرفق [2].أما في لبنان فإن الملتزم الذي توضع أشغاله بالأمانة أو يعاد تلزيمها لحسابه فإنه يقصى عن المناقصة [3].

أما في العراق نجد إنَّ قانون العقود الحكومية قد (منع من المشاركة) إذا صدر من أحد الأشخاص (تقصير متعمد بالأداء فيما يتعلق بشرط أو الشروط المادية للعقد العام أو التقصير متعلق بنزاهة العمل أو صدق العمل الذي يؤثر بشكل خطير ومباشر على قدرة المقاول بأداء واجبه).حيث يُستفاد من هذا النص حق الإدارة في منع الأشخاص طبيعيين كانوا أم معنويين من المشاركة في التنافس على المناقصات بسبب أخطاء ارتكبوها في عقود سابقة معها [4].وفي قرار

---

[1] د. احمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٣، ص١٥٤.

[2] د. مهند مختار نوح، المصدر السابق، ص٥١٠.

[3] المادة (١٤٢) من قانون المحاسبة العمومية وينظر عبد اللطيف قطيش، المصدر السابق، ص٣٦-٣٧.وهذا ما أكدَه مجلس شورى الدولة اللبناني في قرار له رقم ٤ تاريخ ١٩٧٤/١/١٤، بولس يني بابا دوبولس/الدولة-وزارة الأشغال العامة والنقل، مجموعة شدياق، ١٩٧٤، ص٦.

[4] القسم (٩) من قانون العقود الحكومية رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ وكذلك تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ١ لسنة ٢٠٠٨ (المادة١٥ – بند أولاً) بأدراج المقاول في القائمة السوداء في حالة (تقديم معلومات مغايرة لحقيقة العمل أو عدم الالتزام بآداب المهنة بأتباع أساليب منافسة غير مشروعة.. أنظر د. عارف صالح مخلف، المصدر السابق، ص٢٦٧

للمحكمة الإدارية العليا في مصر جاء فيه (المشرّع أوجبَ فسخ العقد ومصادرة التأمين النهائي وشطب المتعاقدين من السجل حال ثبوت استعمال المتعاقد مع الجهة الإدارية الغش والتلاعب في المعاملة معها) [١].

٢. الحرمان الوقائي

وهو الحرمان الذي يتم إيقاعه على الشخص الطبيعي أو المعنوي إما بنص القانون تجنباً لتعارض المصالح أو بقرار من جهة الإدارة بمقتضى سلطتها التقديرية، متى قدرت إنَّ هذا الشخص غير جدير بالمشاركة في المناقصات التي تعلنها، نتيجة التحري عن إمكانياته وقدراتِهِ، وفي هذه الحالة قد يشمل الحرمان كل أو بعض المناقصات وبصفة دائمة أو لمدة محدودة، وهذا الحرمان يتقرر لا باعتبارِهِ جزاءاً بسبب التنفيذ المعيب لالتزام سابق، إنما نتيجة تقدير الإدارة بأنَّ الشخص المحروم غير جدير بالتنافس على المناقصات بسبب ضعف مقدرته المالية أو الفنية وهنا تتجلى السلطة الحقيقية للإدارة التي تجد أساسها القانوني في فكرة السلطة العامة التي تتمتع بها قِبلْ الأفراد، على أنْ تستهدف الإدارة في ذلك المصلحة العامة ولا تتعسف في إجراءاتها [٢].

وكذلك يكون على نوعين (إما يتقرر بنص القانون أو بمقتضى السلطة التقديرية للإدارة).

أ. الحرمان الوقائي بنص القانون

يكون هذا الحرمان بنص القانون حيث غالباً ما ينص المشرّع في الدستور أو القانون أو التعليمات النافذة حرمان بعض الأشخاص من الدخول في العملية التعاقدية وذلك لصفتهم وليس لذاتهم مراعاة للمصلحة العامة.وهدف هذا الحرمان هو الوقاية أو درء شبهة مجاملة الجهة الإدارية لمن يتقدم من العاملين بها بعطاء في مناقصة أو ممارسة أعلنت عنها، الأمر الذي يؤدي بها إلى إرساء العملية عليه في حين إنه ليس أفضل المتناقصين، مما يؤدي إلى أهدار المال العام أو ألإخلال بالمصلحة العامة التي أجريت المناقصة أو الممارسة لأجل تحقيقها [٣].

---

[١] حكم المحكمة الإدارية رقم ١٨٢٤٩جلسة ٢٠١٠/٣/١٦، نقلاً عن الموقع الالكترونيwww.atefsalem.com

[٢] د. عارف صالح مخلف، المصدر السابق، ص٢٨٦.

[٣] د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المصدر السابق، ص١٧٤. (كذلك هنالك حرمان بسبب جنسية المتنافس ضمن المناقصات ما تتناقض وإسنادها لأجنبي إما لسريتها أو لخطورتها على الأمن الداخلي أو لكونها تؤدي إلى تشجيع الاستثمار المحلي) ينظرد عدنان عمرو، مبادئ القانون الإداري نشاط الإدارة ووسائلها، منشأة المعارف ألسكندرية، ٢٠٠٤، ص١٧٩.

فالمشرّع الفرنسي قد عالج مسألة الجمع بين صفة العامل الإداري والمتعاقد معها فقد ورد في المادة (٤٣٢- ١٤) من قانون العقوبات الفرنسي التي تمنع كل موظف أو مأمور أو عامل إداري، من أن يتدخل بأي شكل كان، في نطاق أي عملية إدارية، ومن بينها العقود التي تبرمها الإدارة وكذلك المادة ٢٥ من قانون ١٩٨٣/٧/١٣ (قانون الوظيفة العامة) حيث يحظر على الموظفين أن يجمعوا أكثر من استخدام عام، والاستخدام العام هو كل عمل مأجور من موازنات الجماعات العامة أو المشاريع الوطنية كذلك على مستوى قانون الانتخابات فقد جاء في المادتين (ل ٢٠٧، ل ٣٤٣) من القانون الانتخابي تؤكدان على أنَّ صفة مقاول المرافق التابعة للمحافظات أو الأقاليم تتعارض مع صفة المرشح لعضوية المجلس العام، وهذا ما أكدَه مجلس الدولة الفرنسي (إنَّ تمتع أحد المرشحين للمجالس المحلية بصفة مقاول مرفق عام، من شأنه أنْ يجعل المرشح غير مستوفي للشروط المطلوبة قانوناً للترشيح) [1].

أما في لبنان فقد حظر المرسوم الأشتراعي رقم ١١٢ لسنة ١٩٥٩ بموجب المادة ١٥ منه على الموظف من ممارسة أية مهنة تجارية أو صناعية.

أما في العراق فالدستور لسنة ٢٠٠٥ أشار صراحة بالمادة ١٧ منه بعدم السماح للموظفين من الدخول في معاملات تجارية مع الدولة أما قانون انضباط موظفي الدولة قد حظر على الموظف من الاشتراك في المناقصات وكذلك التعليمات الحكومية قد نصت على ذلك [2].

كما نجده في مصر فقد حظر الدستور المصري ذلك [3]، وأكدَه القضاء المصري بهدف توطيد العلاقة بين الدولة والمجتمع وإبعاد سوء الظن بهم [4].

وبذلك نرى بأن هذا الحرمان هو **(حرمان لصفة الشخص وليس لذاته)** فإنه بزوال هذه الصفة فإنه يصبح بمقدوره مزاولة العمل التجاري بكامل صوره وحسب القانون.

ب. الحرمان الوقائي بمقتضى السلطة التقديرية للإدارة.

هو قرار تصدره جهة الإدارة تمنع فيه شخصاً ما مقاول أو مورد من التقدم إلى كل أو بعض المناقصات بصفة دائمة أو مدة محدودة.وقرار الحرمان الوقائي الذي تصدره الإدارة لا

---

(١) د. مهند مختار نوح، المصدر السابق، ص ٥٥٥ (C.E.7.1.1994.Moutoussamy.Rec.p10)

(٢) المادة (٥) من قانون انضباط موظفي الدولة رقم ١٤ لسنة١٩٩١، وينظر (المادة٥- ثانياً- ف) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية.

(٣) ينظر المادة ٩٤ من الدستور المصري لسنة١٩٧١.

(٤) الفتوى في جلسة ١٩٩٠/١٢/٥ ملف ١٩٧١/١/٧ نقلاً عن د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، المصدر السابق، ص١٧٦.

يعتبر جزاء سببه الإخلال بالالتزامات التعاقدية أو كعقوبة تبعية لعقوبة أصلية، بل تصدره الإدارة مُقدرة في المقاول أو المورد إنّه ليس جديراً بالتقدم إلى المناقصات أما لقصوره من الناحية الفنية أو عدم قدرته من الناحية المالية، فهي تقدر ذلك لاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة التي هي راعيتها (١).

وخطورة قرار الحرمان الذي تصدره الإدارة استناداً على سلطتها التقديرية لتحقيق المصلحة العامة، لأنَّ هذا القرار له مقومات القرار الإداري من كونه نهائياً صادراً عن سلطة إدارية وطنية في نشاط إداري، فإنه يخضع لرقابة القضاء إذا كان مشوباً بعيب انحراف السلطة أو مفتقداً لأسباب توجبه أو تبرره، ما تتفق مع الصالح العام (٢).

وهذا ما أكدَه مجلس شورى الدولة اللبناني حيث أبطل قرار الإدارة بإقصاء متعهد لعدم ارتكازه على ما يبرر اتخاذه حيث جاء فيه (إنَّ التحقق من مادية أو صحة الوقائع التي بررت اتخاذ التدبير المشكو منه يطبق في جميع الأحوال حتى ولو كانت الإدارة معفاة من تعليل قراراتها، وفي معرض ممارسة الإدارة سلطتها الاستنسابية، لأنه إذا كانت الإدارة حرة في اتخاذ التدبير الذي تراه مناسباً لمواجهة ظروف واقعية معينة إلا إنه يجب عند ممارسة تلك السلطة أنْ يرتكز قرارها على وقائع صحيحة وثابتة) (٣).

ومما تقدم يتضح فإنَّ الإدارة عند إصدار قرار الحرمان الوقائي، فإنَّها تحدد نطاقه سواء من حيث المدة التي يسري تطبيقه خلالها أو من حيث نوع المناقصات التي يكون محدوداً بها، على إنَّه وفي كل حال يكون أثر قرار الحرمان مقصوراً على المناقصات التي تجريها الجهة التي أصدرت القرار، ومن جانب آخر أنْ يكون قرار الإدارة بالحرمان الوقائي صحيح وعلى أسس واقعية حتى لا يكون هنالك طعن فيه أو محاباة.

ثانياً: الاستبعاد

إنَّ الاستبعاد هو قرار إداري يوجه إلى العطاء ذاته ويَحول دونَ دَرجِه ضمن العطاءات المقبولة، فالقرار الإداري (قرار الاستبعاد) هو قرار موضوعي يستهدف أساساً العطاء ويؤدي إلى

---

(١) د. إبراهيم طه فياض، المصدر السابق، ص١٠٥.

(٢) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المصدر السابق، ص١٧٦.

(٣) شورى لبناني رقم٧٢٧، ١٩٩٧/٦/١٢، مصطفى الحاج/الدولة، م ق أ، ١٩٩٨، عدد١٢، م٢، ص٦١٦.

استبعاده عن المشاركة ولا يوجه إلى صاحب العطاء ذاته، والحكمة المتوخاة من قرار الإدارة بالاستبعاد هو ضمان الحصول على عطاء تتوافر فيه كافة الشروط المطلوبة [1].

حالات الاستبعاد:

تباشر الإدارة سلطتها في استبعاد العطاءات لأسباب عديدة، فقد يكون ذلك نتيجة لتطبيق حالة من حالات الحرمان أو لعدم استيفاء العطاء للشروط التي تحددها الإدارة، كما قد يكون الاستبعاد تطبيقاً لشرط حسن السمعة أو لعدم توافر الكفاءة الفنية أو المالية لدى مقدم العطاء.فنلاحظ إنه يمكننا توحيد هذه الشروط بمحورين:

المحور الأول/الشروط المتعلقة بمقدم العطاء.

ألمحور الثاني/الشروط المتعلقة بذات العرض المقدم.

ونوضح كلاهما بالشكل التالي:

<u>المحور الأول: الشروط المتعلقة بمقدم العطاء</u>

إنَّ هذه الشروط تتضمن حالة إذا صدر قرار حرمان بحق مقدم العطاء، فإذا صدرَ بحقه قرار حرمان فإنه استتباعاً لا يمكن قبول عطاءه المقدم للإدارة فعليها رفضه أي (استبعاد وجوبي).

ولكن السؤال الذي يُثار في هذه الحالة إذا ما أغفلت الإدارة في استبعاد العرض المقدم من الشخص المحروم، وكان عرضه مطابق للمواصفات الفنية فهل تستمر الإدارة في إجراءاتها التعاقدية؟

أستقرَ الفقه الفرنسي على صحة هذا التعاقد باعتبار إنَّ قبول الإدارة لعطاء الشخص المحروم يعدْ في حكم الإلغاء الضمني لقرار الحرمان، وإنَّ الالتزام بعدم إبرام العقد مع المحرومين مقرر لصالح الإدارة، ومن ثمَ فلها أنْ تقرر تطبيقه من عدمه، مما يعني إنَّ الفقه الفرنسي أعطى للإدارة سلطة تقديرية في هذا الأمر [2].

---

(١) عبد المطلب عبد الرزاق الهاشمي، النظام القانوني للإحالة في العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، جامعة بغداد، ١٩٩٧، ص٤١.

(٢) Quancard (M) :OP.cit. p.103ets

نقلا عن د. ضياء عبد الرحمن أحمد عثمان، مدى حرية الإدارة في التعاقد في القانون اليمني (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية- القاهرة، بدون سنة نشر، ص٣٣٥.

وفي مصر فرقَ الفقه بين الحرمان الوقائي والحرمان الجزائي، فالحرمان الوقائي تطبق في شأنه ذات القواعد المعمول بها في فرنسا، أما الحرمان الجزائي فيجب التفرقة بين الحرمان المنصوص عليه، فيطبق المبدأ العام المعمول به في فرنسا أيضاً في حالة الحرمان الغير منصوص عليه، وذلك على أساس أن الحرمان مقرر لصالح الإدارة فقط وأن إرساء العطاء وإبرام العقد مع احد المحرومين يعتبر إلغاء ضمنياً لقرار الحرمان، أما في حالة الحرمان المنصوص عليه فإنَّه يمكن إعادة قيد المقاول أو المتعهد المشطوب أسمه في سجل المتعهدين إذا انتفى السبب الذي ترتب عليه شطب الاسم، وقد يكون الاستبعاد مجرد إجراء وقائي فيكون العطاء مستوفياً للشروط الموضوعية والشكلية التي نصت عليه دفاتر الشروط أو قررتها القوانين، ويكون مقدمه غير محروم من التقدم في المناقصات العامة، ومع ذلك يجوز للإدارة استبعاد عطائه كأجراء وقائي لصالح المرفق العام ولضمان حسن تنفيذ العقد [1].

ولكننا نرى إنَّ مقدم العطاء الذي يقدم عطاءاً لإدارة ما فإنه حتماً يعلم بصدور قرار حرمان بحقه وإنَّه لا يجوز أنْ يقدم عطاءاً جديداً خلال فترة الحرمان سيما إذا كان قد تعمد إخفاء هذه الحالة عن الإدارة، يعتبر غش وتدليس منه على نحو يشوب الرضا اللازم للعقد، لذلك أرى إنه على الإدارة في حال قبولها لعطائه فإن ذلك يعد تقصيراً من جانبها كونها ملزمة في استبعاده من المناقصة حتى لو كان عطاءه مطابقاً للمواصفات.

فمن الأسباب الأخرى التي تؤدي إلى الاستبعاد هو ما يتعلق بسمعة مقدم العطاء فللإدارة حق استبعاد مقدم العطاء إذا كان سيء السمعة المهنية أو أفتقدَ عطاءه للجدية وليس في ذلك تعارضاً مع مبدأ المساواة، ما دامت قواعد ألاستبعاد قواعد عامة مجردة تطبق على الكافة. فحسن السمعة شرط واجب توافره في كل من يتعامل مع الإدارة لكون العقود الإدارية تتطلب قدراً كبيراً من الأمانة في أداء الالتزامات التي تولدها.

ففي لبنان فإنَّه يتم استبعاد من المناقصة العارضون الذين لا تتوافر فيهم المؤهلات والشروط المطلوبة ومنها الذين لا يتمتعون بالصدقية وحسن السيرة [2]. وهذا ما أكدَت عليه الجمعية العمومية للفتوى والتشريع في مصر [3].

---

[1] د. احمد عثمان عياد، المصدر السابق، ص١٦٣.

[2] عبد اللطيف قطيش، المصدر السابق، ص٧٦.

[3] الفتوى رقم ١٦٣ في ١٩٨٨/٢/٨، جلسة١٩٨٧/١٢/٩، محمود زكي شمس، الأسس العامة للعقود الإدارية ، ج٢، ط١، ٢٠٠٠، مطبعة الداودي، دمشق، ص٩٨٥.

المحور الثاني: ألاستبعاد بناءاً على شروط متعلقة بذات العرض المقدم

وهذه تتعلق بالشروط المطلوبة في دفتر الشروط الخاص بالمناقصة والتي حددتها الإدارة عند اشتراك مقدم العطاء فالأصل هو استبعاد العطاء غير مستوفي لتلك الشروط.

فالقضاء الفرنسي فرق بين المخالفات الجوهرية وغير الجوهرية إذ يستبعد من نطاق المنافسة العطاء الذي يتضمن مخالفة جوهرية، وتعد مخالفة جوهرية إذا كانت تؤدي إلى منح مقترفها ميزة يتخطى بها باقي المتنافسين، مثال ذلك قبول العطاء المتأخر، عدم تقديم التأمين الابتدائي أو نقصانه أما المخالفات غير الجوهرية فلا يترتب عليها استبعاد العطاء فهي لا تؤثر على مصلحة الأفراد وإنما وضعت لصالح الإدارة (١).و المشرّع اللبناني أجاز عدم قبول العروض المخالفة للشروط المفروضة في القوانين والأنظمة وفي دفتر الشروط العائدة للصفقة وخاصة الشروط الجوهرية، ومنها عدم قبول العرض الذي يرد بعد انتهاء المهلة (٢)، وهذا ما سار عليه القضاء اللبناني (٣).

أما المشرّع العراقي أشار في تعليمات العقود الحكومية باستبعاد العطاءات التي لم ترفق به التأمينات الأولية والعطاء المبني على تخفيض نسبة أو مبلغ مقطوع من أي من العطاءات المقدمة في المناقصة أو عدم شموله لدرجة صنف المقاولين المطلوبين في المناقصة في المناقصة (٤).

وكذلك المشرّع المصري أوجب استبعاد العطاءات غير المطابقة للشروط والمواصفات(٥).

أما في حالة الشروط المتعلقة بالمقدرة الفنية والمالية فإنه يجب أن يتمتع مقدم العطاء بالكفاءة الفنية والمقدرة المالية التي تمكنه من تنفيذ التزاماته التعاقدية مع الإدارة فللإدارة أنْ تستبعد العطاء إذا قدّرت أن مقدمه غير كفء سواء من الناحية الفنية أو المالية، وتتمتع الإدارة

---

(١) د. عارف صالح مخلف، المصدر السابق، ص٢٧٧.

(٢) ينظر المادة ٢٣ من نظام المناقصات.

(٣) شورى لبناني قرار رقم ٢١٤ تاريخ ١٩٩٧/١/٢٢ شركة المقاولات (كات) / مجلس تنفيذ المشاريع الإنشائية والدولة م ق أ، ١٩٩٨، م١٢، ص٢٣٨.وشورى لبناني قرار رقم ٢٩٨ تاريخ١٩٩٦/١/٢٣، جوزف عكار ونجا تابت/الدولة، م ق أ، ١٩٩٧، م١٠، ج١، ص٣٩٦.

(٤) ينظر المادة ٧ أولاً وثانياً من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ١ لسنة ٢٠٠٨.قرار المحكمة الإدارية رقم ٢٥/إدارية تخطيط/٢٠١٠، تاريخ ٢٠١١/٢/٧، نقلاً عن خليل المشاهدي، المصدر السابق، ص٢٦.

(٥) ينظر نص المادة ١٦ من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨.

بسلطة تقديرية في تحديد مدى توافر هذه الكفاءة بالنظر إلى اعتبارات عدة، مثل ملاءة مقدم العطاء وقدرته الفنية، وأيضاً طبيعة موضوع التعاقد وحجم الأداءات المطلوبة وما يتطلبه من قدرة تمويلية وخبرة فنية (١).

أما القضاء الفرنسي فقد قررَ عدم جواز استبعاد المرشح إذا قام بتقديم مستندات الأهلية التقنية المطلوبة، ولو كانت غير مصدقة من الجهات المعنية في الأحوال التي يتطلب فيها القانون ذلك، طالما كان بالإمكان تدارك هذا الخلل بالتصديق اللاحق على المستندات (٢). أما في لبنان فإنَّ من أعمال لجنة المناقصات هو استبعاد العارضون الذين لا يتمتعون بالمؤهلات الفنية أو القانونية (٣). فإنَّ الإدارة لا يمكن قبول المقاول الذي يكون تصنيفه يخالف الصنف المطلوب في المناقصة وهذا ما أكدَ عليه المشرّع اللبناني (يحق للمقاول الاشتراك بالمناقصات المتعلقة بالصفقات العائدة لفئته ودرجته والدرجتين الأدنى منها مباشرة فقط إذا كان مستوفياً الشروط الباقية المفروضة لها) (٤).

أما في العراق فقد أجازت تعليمات العقود الحكومية باستبعاد العطاء غير المستوفي للمواصفات الفنية ولو كان أوطأ العطاءات واستبعاد المقاول غير الكفء من خلال تجربة الإدارة معه في عقود سابقة (٥).

هذا ما قَضَتْ به المحكمة الإدارية في العراق جاء في قرارها (أن اتجاه لجنة التحليل في عدم قبول عطاء المدعي كان لسبب قانوني سليم وهو الكفاءة المهنية بالأداء المتمثلة بالأعمال المماثلة لموضوع هذه المناقصة حيث أن المدعي لم يقدم للجنة فتح العطاءات ولجنة التحليل ما يتعلق بهذه الأعمال مما أخل أن تكون محل نظر عند تحليل العطاءات) (٦).

---

(١) د. عارف صالح حماد، المصدر السابق، ص٢٧٨.

(٢) C.E.6-11-1998.Assistance Publique- Hopitaux de Marseille.Req.N 194960 نقلاً عن د. مهند مختار نوح، المصدر السابق، ص٥٨٣.

(٣) عبد اللطيف قطيش، المصدر السابق، ص٧٦.

(٤) المادة (٧) من المرسوم ٩٣٣٣ تاريخ ٢٦/كانون أول/٢٠٠٢ (تصنيف المتعهدين ومكاتب الدروس).

(٥) المادة (٦-أولاً، ثانيا) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ١ لسنة ٢٠٠٨.

(٦) قرار رقم ٣١/ إدارية/٢٠١٠ تاريخ ٢٠١١/٢/٢، وبذات المعنى قرار آخر للمحكمة رقم ٣/إدارية/٢٠١١ تاريخ ٢٠١١/٤/١٣. نقلاً عن خليل المشاهدي، المصدر السابق، ص٢٣.

أما في مصر فقد أجاز المشرّع المصري من التحقق من الكفاءة الفنية والمقدرة المالية لمقدم العطاء وذلك من خلال البيانات والمستندات التي أوجبت أن يضمنها في عطاءه [1].

مما تقدم يتضح إنَّ المشرّع والقضاء ولخطورة الحرمان والاستبعاد فإنهما سعيا إلى حماية المناقصين من تعسف الإدارة في استعمال سلطتها في هذا المجال من خلال إحاطة الاستبعاد والحرمان بكثير من الضمانات العملية اللازمة لذلك.

بعد أن تبين للإدارة أساليب التعاقد التي يمكن بموجبها أن تتعاقد مع الغير، والأسس العامة التي تستند لها هذه الأساليب وما يجيز القانون للإدارة من ألاستثناءات على هذه الأسس أو استنادا لسلطتها التقديرية، أصبح بإمكان الإدارة أن تبدأ باتخاذ الإجراءات الإدارية الخاصة بالتعاقد والتي يجب أن تلتزم بها وصولاً إلى إبرام العقد الإداري، وهذا ما سنتطرق له في المبحث الثاني.

---

[1] المادة ١٣ من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ والمادة (٨، ٥٧) من اللائحة التنفيذية للقانون.

المبحث الثاني

الإجراءات الإدارية الواجب أتباعها لإبرام العقد

نتناول في هذا المبحث ألإجراءات الإدارية وفقاً للتعليمات الخاصة بالتعاقد التي تلزم الإدارة بتطبيقها عند رغبتها في التعاقد مع الغير وصولاً إلى اختيار العرض ألأفضل من حيث السعر والخدمة المقدمة ليتسنى للإدارة تحقيق النتيجة المتوخاة من اعتماد هذه الإجراءات بكافة مراحلها وتفاصيل كل مرحلة بتوقيع عقد صحيح وسليم من جميع النواحي.

وبذلك نستعرض هذا المبحث بشكل مطلبين:

المطلب الأول: الإجراءات الواجب إتباعها في المناقصة.

المطلب الثاني: النظام القانوني لإبرام العقد الإداري.

المطلب الأول: ألإجراءات الإدارية الواجب أتباعها في المناقصة

يتضمن هذا المطلب الإجراءات التي تتخذها الإدارة بخصوص أعداد الوثائق الخاصة بالمشروع الذي تبغي التعاقد عليه، من حيث أعداد دراسة الجدوى للمشروع وبيان ماهيتها، وأهمية دفتر الشروط الخاص بالمشروع الذي يحتوي على المعلومات الفنية والمالية التي سيتم التعاقد على ضوئها، وبعد الانتهاء من أعداد هذه الوثائق يتم الانتقال إلى المرحلة المهمة وهي تطبيق إجراءات التعاقد من خلال الإعلان عن المشروع و أستلام العروض الخاصة به ومن ثم فتح وتحليل هذه العروض وصولاً إلى العطاء المرشح التعاقد على ضوئه، فكان هذا المطلب على فقرتين:

الفقرة الأولى: مرحلة الإعداد والتحضير

الفقرة الثانية: المراحل الإدارية لاختيار العرض الأفضل

الفقرة الأولى: مرحلة الأعداد والتحضير

النبذة الأولى:دراسة الجدوى

دراسة الجدوى هي (تلك الدراسة المكثفة التي يقوم بها فريق من الخبراء المتخصصين في مجالات التسويق والمجالات الفنية والمالية والاقتصادية والإدارية لغرض اتخاذ قرار بقبول أو رفض أو تطوير المشروع المقر) [1].

---

[1] د. عبد الستار محمد العلي، إدارة المشروعات العامة، دار المسيرة للنشر، عمان، ط ١، ٢٠٠٩، ص١٦٨.

أو هي سلسلة من الدراسات التي تمكن القائمين بها في النهاية بالتوصية بتنفيذ المشروع، أو صرف النظر عنه، وهذه الدراسات تتطلب معلومات تختلف من مشروع لآخر حسب طبيعة وحجم ونوع المشروع [١].

فدراسة الجدوى تضعها الإدارة قبل إقدامها على تلزيم المشروع [٢]، تبين فيها أهمية المشروع وشروطه الفنية وضرورة تنفيذه، وإذا كان من المشاريع الإنتاجية فإنّ الإدارة تحدد مردوده المالي و ألاقتصادي والاجتماعي حيث إنَّ دراسة الجدوى دائماً تتعلق بتقديرات مستقبلية[٣].

لذلك فعلى الإدارة أنْ تقوم بدراسة موضوع التعاقد ومتطلباته دراسة شاملة ومن نواحي مختلفة، تحديده تحديداً دقيقاً، وأن يكون وارداً في خطة الموازنة، إجراء الدراسات الفنية والمالية والقانونية للمشروع، فهذه الإجراءات هي توجيهات للإدارة تستنير بها قبل الإقدام على التعاقد لكن على الرغم من التأكيد على إتباعها فإنَّه لا يترتب على مخالفة ذلك اعتبار العقد باطلاً اذ أن دراسة الجدوى من التعاقد لا تبلغ حد الاستشارات الإلزامية أو الأذن بالتعاقد [٤].

حيث لا تنحصر دراسة الجدوى للمشاريع ألاقتصادية على إجراءات توفير المعلومات والبيانات، بل تعدت ذلك لتشمل صنع القرارات الاستثمارية والتخطيط للأموال اللازمة والرقابة عليها، فمن الأهداف الأساسية هو تحقيق الربح المادي وبالمقابل هنالك مشاريع تسعى إلى تحقيق ربح اجتماعي وذلك من خلال تقديم أفضل الخدمات حتى إذا كان ذلك على حساب الربحية مثل منشآت البرق والبريد والهاتف ومنشآت النقل، ومنشآت إسالة الماء والكهرباء، وأن استمرارية المنشأة يعتمد على نجاحها في تحقيق الأهداف، وأن ذلك يتحقق بواقعية خططها والأساليب ألاقتصادية الفعالة المستخدمة [٥].

---

[١] د. شقيري نوري موسى، دراسة الجدوى الاقتصادية وتقييم المشروعات الاستثمارية، ط١، دار المسيرة للنشر، عمان، ٢٠٠٩، ص٢١.

[٢] إنَّ إدارة المشروع، هي مجموعة من النشاطات المنظَمة والموجهَة نحو توظيف أمثل، واستغلال أفضل، للمواد المناسبة، والهادفة إلى تحقيق أهداف المشروع المحددة بوضوح، وذلك بالاعتماد على شتى الطرق والأساليب من خلال مجموعة من الشروط أو القيود.ينظر د. حسن إبراهيم بلوط، إدارة المشاريع ودراسة جدواها الاقتصادية، دار النهضة العربية-بيروت، ٢٠٠٢، ص٢٥.

[٣] د. الياس ناصيف، المصدر السابق، ص١٧٨.

[٤] د. مازن راضي ليلو، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن، دون ذكر مكان وسنة النشر، ص٨٣.

[٥] د. يوحنا ال أدم، دراسة الجدوى الاقتصادية وتقييم كفاءة أداء المنظمات، دار المسيرة للنشر والتوزيع_الأردن، ط٢، ٢٠٠٥، ص٢٧.

فالمشرّع اللبناني نلاحظه على الرغم من ذكر كافة النقاط بشكل واضح على ضرورة توافرها منها (توافر الاعتماد المالي و وجوب الحصول على ترخيص بإجراءاتها) ولكن لم يذكر صراحة على ضرورة قيام الإدارة بإعداد دراسة جدوى للمشروع، حتى لو كان من البديهيات التي قد تقوم بها الإدارة عند سعيها للتعاقد، كون هذه المشاريع هي في النتيجة استغلال المال العام الذي هو مخصص لكل المواطنين في سبيل تحقيق المصلحة العامة وبالنتيجة عدم إدخال هذا المال في مشاريع غير مجدية أو ذات فائدة قصيرة ومحدودة الأمر والفائدة.وهذا ما أكدَه ديوان المحاسبة العمومية في تقريره الخاص بالنص على (ضرورة أن تكون هنالك دراسات صحيحة ومجدية عندما ترغب الإدارة في تلزيم معين) [1]. وتأكدَ ذلك عند عدم موافقته للمشروع المعروض عليه بسبب (أن الإدارة لم تضع دراسة مفصلة بألمؤهلات التقنية المطلوبة قبل أقدامها على التعاقد حتى يمكن تطبيق المادة(١٥٠-ف ١)[2].

أما المشرّع العراقي فنلاحظه قد أكدَ في تعليمات العقود الحكومية على إعداد دراسة الجدوى وأعتبرها من متطلبات الموافقة على إدراج المشروع في الخطة الاستثمارية وضرورة مصادقة وزارة التخطيط والتعاون الإنمائي عليها [3]، وأكدَ كذلك ديوان الرقابة المالية الاتحادي العراقي على ضرورة أعداد دراسة جدوى في تقاريره السنوية من خلال تدقيقه للعقود الحكومية لدوائر الدولة [4]. وهذا ما أكدَت عليه تعليمات تنفيذ الموازنة لعام ٢٠١٣ (عدم أدراج أي مشروع استثماري لا يتضمن دراسة الجدوى الفنية و ألاقتصادية) [5].

أما المشرّع المصري فقد أشار إلى ضرورة أن تكون هنالك دراسات واقعية وموضوعية تعدها الإدارة حتى يمكنها التعاقد أي وجود دراسة جدوى اقتصادية وفنية من حيث الواقع ومن حيث خصوصية هذه المشاريع [6].

---

(1) تقرير خاص لديوان المحاسبة (عقد الصفقات العمومية بواسطة الاتفاق بالتراضي) مجموعة اجتهادات الديوان لعام ١٩٩٤، ص٣٥٧.

(2) قرار ديوان المحاسبة رقم ١١٠٠/ر م، ٢٠٠٣/٩/٢٣، مجموعة الآراء الاستشارية واجتهادات الديوان لعام ٢٠٠٣، ص٤٧٦.

(3) ينظر المادة ٣- أولاً- أ من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ١ لسنة ٢٠٠٨.

(4) تقرير الديوان لسنة٢٠٠٩) فص١-١-ج-ثالثا-عدم وجود دراسة جدوى اقتصادية لأغلب المشاريع التي تم التعاقد على تنفيذها). http://www.d-raqaba-m.iq/pages_ar/repo_annual_ar.aspx

(5) تعليمات تنفيذ الموازنة الاتحادية لعام رقم ٧ لسنة ٢٠١٣.

(6) المادة (١) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨.

لذلك نرى إنه من الضروري أن يكون هنالك نص واضح وملزم للإدارة في ضرورة إعداد دراسة الجدوى الاقتصادية والفنية لكل مشروع تنوي التعاقد عليه لأهمية هذا الموضوع، فمن جانب يعطي للإدارة المختصة صورة واضحة ومتكاملة عن المشروع الذي تنوي إقامته، مالياً وفنيا وقانونياً وإدارياً، فإنَّه يتم إلغاء المشاريع إذا كانت دراسته الجدوى غير مجدية، ومن جانب آخر فإنَّه يمكن للجهات الرقابية من مراقبة المشاريع التي تقوم بها الإدارة من حيث جدواها الاقتصادية وهل حققت ما سعت الإدارة لتحقيقه من أقامة هذا المشروع حفاظاً على المال العام من الهدر والتصرف به بصورة عشوائية حيث ينبغي أن تكون دراسة الجدوى من جانبين:

١. الجانب ألاقتصادي/ويتم هذا الجانب من خلال دراسة مبدئية للتكاليف والأرباح المتوقعة منه وحجم المنافسة وحاجة المستهلك في تلك المنطقة وحجم الإقبال المتوقع.
٢. الجانب الفني /ويتم هذا الجانب من خلال تحديد المواصفات الفنية لتنفيذ المشروع، واختيار أفضل التقنيات الفنية لإنشائه وإمكانية صيانتها ووجود الكوادر الفنية اللازمة لذلك. فهي القاعدة الأساسية التي يعتمد عليها المشروع.

<u>النبذة الثانية: دفتر الشروط</u>

تهدف كراسة الشروط والمواصفات إلى بيان الشروط والمعلومات وكذلك المواصفات التي سيجري على أساسها التعاقد فمن العسير على جهة الإدارة أنْ تُضَمِن ألإعلان كل الشروط والمواصفات لذلك التجأت التشريعات المقارنة إلى إعداد كراسة بالشروط والمواصفات للإحالة إليها فهي مصدر للالتزام بين الطرفين المتعاقدين [١].

لذلك فمن هذه الدفاتر ما هو عام، لكل المناقصات، وذلك بتضمينه كافة الشروط المطلوبة والإجراءات الإدارية لكافة مراحل العمل (يسمى دفتر الشروط العامة) ومنها ما يكون دفتر شروط خاص.فدفتر الشروط العامة هو مجموعة من الشروط العامة تطبق على كل العقود ذات الطبيعة الواحدة التي تبرمها إدارة معينة، من عقود الأشغال أو عقود التوريد مثلاً، وهي

---

[١] (وأن دفتر الشروط هو كراسة خاصة بشروط العطاءات وقوائم الأصناف أو ألأعمال وملحقاتها والتي تقوم الإدارة الراغبة بالتعاقد، قبل إعلان المناقصة، بطبعها وتوزيعها إلى من يطلبه اوفقاً للقواعد) ينظر د. خميس السيد إسماعيل، العقود الإدارية والتعويضات، دار محمود للنشر ، ٢٠٠٢، ص٤٠.

شروط دائمة أما دفتر الشروط الخاصة وهو يتضمن الشروط الخاصة بكل عقد على حدة تكميلاً للشروط العامة والمشتركة، ويجوز لها أن تخالفها فيتبع عندئذ حكم الشروط الخاصة [(١)].

كما توجد دفاتر الشروط المشتركة، وتحدد فيه ألأحكام التقنية المطبقة في جميع الصفقات التي هي من نوع واحد، كعقود ألأشغال واللوازم ويجب ألا تخالف هذه الشروط في مضمونها أحكام دفاتر البنود الإدارية العامة [(٢)].

وإن أهمية دفتر الشروط الخاص، كونه يتضمن الشروط والخصائص الخاصة بالصفقة، فهي المستند الأهم الذي يقتضي العودة إليه في العلاقة بين المتعهد والإدارة، ويشترط في دفتر الشروط الخاص أن يكون منطبقاً على الأحكام والقوانين والأنظمة النافذة ومتفقاً مع المبادئ القانونية العامة، ويتضمن معظم الأحكام التي ترعى الصفقة بدون غموض أو نقص أو تناقض[(٣)]. فيستفاد منه في بيان مطابقة عرض المشترك مع دفتر الشروط الخاص بالمشروع، ففي رأي لديوان المحاسبة العمومية اللبناني قد رفض المشروع المعروض عليه لعدم المطابقة بين العرض المقدم ودفتر الشروط الخاص بالمشروع [(٤)].

من ألأمور المميزة لدفتر الشروط هو ما يعطي للإدارة (من حق إيقاع الجزاء على المتعاقد معها) كونه متفق عليها بين الطرفين دون حاجة إلى إنذار أو إلى معاملة أخرى.وفي حكم لمجلس الشورى اللبناني أوضح (أن أحكام دفتر الشروط هي بمثابة العقد القانوني الذي يربط بين الدولة والملتزم، وإنه لا يحق للدولة أنْ تحل نفسها منه أو أنْ تظيف عليه شروطاً أو أعباء جديدة لم تكن موضع اتفاق بين الفريقين المتعاقدين تحت مسؤوليتها بالتعويض) [(٥)].

لذلك فإنّ قانون المحاسبة العمومية اللبناني أوضحَ المعلومات التي يجب أن يتضمنها دفتر الشروط الخاص بصورة عامة، تاركاً للإدارة المعنية وضع التفاصيل الخاصة التي تنفرد بها

---

(١) د. محمد الأعرج، المصدر السابق، ص٦٤.

(٢) د. هيبة سردوك، المناقصة العامة كطريقة للتعاقد الإداري، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ط١، ٢٠٠٩، ص١٤١.

(٣) وسيم نقولا أبو سعد، المصدر السابق، ص٢٠٩.

(٤) قرار ديوان المحاسبة رقم٩٧٣/ر م، ٢٠٠٤/٦/٢٩، مجموعة آراء ديوان المحاسبة ألاستشارية والاجتهادات لعام٢٠٠٤، ص٥٣٣.

(٥) شورى لبناني، رقم ١٦٤، ١٩٩٥/١٢/١٤ م ق أ، ١٩٩٧، ص٣٧. وشورى لبناني، رقم ٣٢١، ١٩٩٥/٢/٢٣، م ق أ، م٩، ص٣٣٩.

كل صفقة يراد إبرامها، على أنْ لا تحد من المنافسة وتجعل عملية التلزيم مشوبة بعيب جوهري حسب ما أكدَ عليه ديوان المحاسبة في أحد قراراته [١].

ويرى جانب من الفقه اللبناني إنَّ دفاتر الشروط هذه تعتبر من الناحية القانونية وبصورة (عقود أذعان) مفروضة من قبل الشخص العام أو صاحب التفويض على الغير المتعاقد معه الذي لا خيار له إلا قبول أحكامها دون أي تبديل أو تعديل، أو رفض هذه الأحكام وهنا يعني إقصائه عن أمكانية تأهيله، فتكون حاله هنا، على حد تعبير العلامة (هوريو) حال من (صودرت موافقته) أو من وافق على (مصادرة إرادته) [٢].

فقد قَضَتْ محكمة القضاء الإداري في مصر على إلزامية دفتر الشروط على المتعاقدين (إنَّ القوانين واللوائح التي يتم التعاقد في ضلها تخاطب الكافة وعلمهم بمحتواها مفروض، فإنْ أقبلوا- حال قيامها- على التعاقد مع الإدارة، فالمفروض إنهم قد ارتضوا كل ما ورد بها من أحكام، وحينئذ تندمج في شروط عقدهم وتُعد جزءاً لا يتجزأ منها، حيث لا فكاك من الالتزام بها ما لم ينص العقد صراحة على استبعاد أحكامها كلها أو بعضها عدا ما تعلق منها بالنظام العام، وإذا كان العقد لم ينص على استبعاد أحكام لائحة المناقصات والمزايدات، فإنَّه يتعين تطبيق نصوص هذه اللائحة) [٣].

ففي لبنان توجد دفاتر شروط عامة نموذجية تولت الإدارة بوصفها حسب اختصاصها والأعمال التي تنفذها [٤] وهنالك ثلاثة أنواع من الدفاتر [٥] :

---

(١) قرار رقم ٩٧٧/ر م تاريخ ٢٠٠٢/٨/٢٦ (غير منشور) نقلاً عن، وسيم نقولا، المصدر السابق، ص٢١٠، وينظر المادة (١٢٦) من قانون المحاسبة العمومية اللبناني.

(٢) د. يوسف سعدالله، مجموعة القانون الإداري، ج ١، ١٩٩٩، ص٤٥٧

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر الطعنين ١٥١١، ١٦٢٥ جلسة ١٩٨٩/٤/٤ نقلاً عن وليد رمضان عبد التواب، المصدر السابق، ص٣٣.

(٤) دفتر أحكام والشروط العامة العائدة للأشغال العمومية، مرسوم رقم ٤٠٥ تاريخ ١٩٤٢/٣/٢١، دفتر الشروط العامة لتعهدات أشغال الجيش، مرسوم ١١٥٧٣تاريخ ١٩٩٨/١٢/٣٠، دفتر الشروط العامة لتعهدات لوازم الجيش المرسوم ١١٥٧٤ تاريخ ١٩٦٨/١٢/٣٠، دفتر شروط عام نموذجي لمديرية الهاتف العامة مرسوم ٣٦٧ تاريخ ١٩٥٥/٧/٨ ودفتر الشروط عامة نموذجي بتلزيم تقديم سيارات وأطر مطاط ولوازم لمصلحة الكمارك مرسوم ٨٨٤٦ تاريخ ١٩٥٥/٤/١٤، دفتر الشروط العامة النموذجي لمناقصات وزارة الصحة مرسوم ١٢٠٤٠ تاريخ١٩٥٦/٤/٢٨.

(٥) ينظر عبد اللطيف قطيش، المصدر السابق، ص٦١.

١. دفتر الأحكام والشروط العامة.

٢. دفتر الشروط العامة النموذجي، الذي يحدد القواعد الفنية والإدارية التي تطبق على الصفقات نوع واحد في إدارة معينة.

٣. دفتر شروط خاص بكل مناقصة حيث يتضمن كل ألأمور المتعلقة بالمناقصة من (أنواع اللوازم والأشغال أو الخدمات المراد تلزيمها وأوصافها، عناصر المفاضلة، الأساس الذي يعتمد لأجراء المناقصة)، شروط التنفيذ، المهلة، مقدار الكفالة التي يجب تقديمها للاشتراك وبعد ذلك تضع الإدارة دفتر الشروط الخاص، ويصدقه المرجع الصالح للبت بالصفقة.

أما في العراق فقد وضعت شروط المقاولة العامة بنوعيها المدنية والكهربائية والميكانيكية الصادرة من وزارة التخطيط لعموم دوائر الدولة التي تبغي التعاقد وهذا ما نصت عليه تعليمات العقود الحكومية باعتبارها جزء لا يتجزأ من العقد، وهي بشكل عام تكون معلنة يمكن الحصول عليها بدون بدل ولكل الجمهور، أما الشروط الخاصة بكل مناقصة فهي التي تخص كل مناقصة وإنه بعد مصادقة السلطة المختصة يتم بيعها على الراغبين بالاشتراك في المناقصة بالسعر الذي يتناسب مع كلفتها وحسب التعليمات [١].

أما في مصر فقد أكدَ المشرّع على ضرورة أنْ يكون الإعلان على أساس مواصفات فنية دقيقة ومفصلة توضع من قبل خبراء مختصين، وحتى في حالة حاجة الإدارة إلى أصناف معينة فإنَّ الإدارة تضع نموذج معين يتم التعاقد بموجبه [٢].

فالطبيعة القانونية للشروط الواردة بكراسة الشروط، إنها أساس التعاقد وبالتالي هي جزء لا يتجزأ من العقد وشروطها أساس للمتعاقدين مع جهة الإدارة وإنَّ الإعلان عن المناقصة وطرح كراسة الشروط للمخاطب بالإعلان لا يمثّل سوى دعوة للتعاقد [٣].و إذا تضمن دفتر الشروط وجود تناقض في بنوده يصار إلى التحري عن نية الفريقين و ألاستئناس بالبنود الأخرى للتوفيق بين النصوص المتناقضة، وأن بنود دفتر الشروط تفسر بعضها [٤].

---

(١) المادة (٣- اولا- د) والمادة (٢٠- اولاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ١ لسنة ٢٠٠٨.

(٢) المادة (٣) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨.

(٣) عاطف محمد عبد اللطيف، امتيازات الإدارة في العقد الحكومي في النظام الأنكلوأمريكي والعقد الإداري في القانون المصري (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠١٠، ص٧٧.

(٤) موريس نخلة، العقود الإدارية، ١٩٨٥، ص٥٩

طبيعة أحكام دفتر الشروط [١]:

توصل العلامة (جيز) إلى ثلاثة أنواع من الأحكام يحتويها دفتر الشروط و بالشكل التالي:

١. الأحكام التعاقدية:وهي الشروط والقواعد المتعلقة بطريقة تنفيذ العقد كالكفالة، والسعر، وطريقة الدفع، مهل التنفيذ، جزاءات التأخير وشروط الاستلام.
٢. الأحكام التنظيمية: وهي المتعلقة بطريقة أجراء المناقصة، وطريقة تصديقها ومن ألأحكام التي تؤكد ضرورة تأمين عناصر العلنية أو المنافسة والمساواة.
٣. الأحكام ذات الطابع الداخلي: وهي المتعلقة بالتعليمات والأوامر لعمال الإدارة المعنية بالتنفيذ.

تناولنا في هذه الفقرة موضوعين مهمَين تعتمد عليهُما الإدارة عند تعاقدها مع الغير واللذان يُعتبران من الأمور الأساسية حيث يتم الرجوع إليهما عند حصول خلاف مابين الإدارة والمتعاقد معها، ولذلك فإن أساس نجاح المشروع يتمثل بدراسة الجدوى الاقتصادية منه والغاية التي تتوخاها الإدارة من المشروع الذي ترغب التعاقد عليه، كما أن دفتر الشروط الخاص بالمشروع فهو جزء من العقد الذي يلتزم كلا الطرفين وصولاً لآخر مرحلة من العقد.

وبما أن الإدارة أصبحت جاهزة للإعلان عن المشروع الذي تبغي التعاقد عليه فعليها إتباع الإجراءات التالية والتي سنوضحها في الفقرة التالية.

الفقرة الثانية: مراحل التعاقد

تمر المناقصة العامة بعدة مراحل تمهيداً لاختيار أفضل المتقدمين سعراً وفنياً، فعملية ألاختيار تمر بمراحل متسلسلة يتوجب على الإدارة المرور بها حتى يمكنها التعاقد بصورة رسمية مع الذي تختاره وفقاً للمعطيات التي استندت إليها.

نبذة أولى: مرحلة الإعلان عن المناقصة.

فبعد أن أوضحنا سابقاً المتطلبات الخاصة بالعملية التعاقدية قبل أن تطلب الإدارة الإعلان عن المناقصة من حصول الأذن بالتعاقد، وتوفر الاعتماد المالي، الاستشارات السابقة،

---

[١] ينظر عبد اللطيف قطيش، المصدر السابق، ص٦٤.

وإعداد دفتر الشروط العامة والخاصة، دراسة الجدوى ألاقتصادية فإن الإدارة تبدأ بمرحلة الإعلان والتي أيضاً نظمها المشرّع بأصول قانونية لا يسع الإدارة تجاوزها من وسائل تقليدية ووسائل حديثة (الكترونية) (١).

والإعلان أجراء تقوم به الإدارة بتوجيه الدعوة إلى الكافة والتي اتجهت بعزمها إلى إبرام عقد معين وفقاً للشروط والمواصفات التي تتضمنها هذه الدعوة وذلك بهدف تقديم العطاءات المطابقة لهذه الشروط خلال أجل محدد (٢).

هذا وإنَّ مضمون الإعلان يقصد به مجموعة المعلومات التي لا تشكل كل ما يجب معرفته حول العقد المراد إبرامه، إنَّما تشكل الحد الأدنى لتكوين فكرة عامة، وأولية عن الإدارة المتعاقدة، ومحل العقد، ومواعيد تسليم العروض، وهذا الحد الأدنى يمثل البيانات الجوهرية التي يجب أنْ تصل إلى علم المتنافسين المحتملين، لذلك فإنَّ المشرّع ينص على وجوب أن يتضمنها الإعلان، مع ترك سلطة تقديرية للإدارة في إضافة ما تشاء أليها (٣).

إنَّ الإعلان عن المناقصة يكون بمثابة دعوة للتعاقد، وحتى تؤدي تلك الدعوة هدفها المنشود، فإنَّه يتعين أنْ يحاط بها أكبر عدد ممكن من المتعاملين في النشاط موضوع المناقصة، (ينبغي أن يكون الإعلان يحتوي على معلومات كافية) (٤)، حتى يتخذون قرارهم وموقفهم من المناقصة، وإنَّ الشروط التي يتطلبها المشرّع في الإعلان ملزمة للإدارة، ومن ثم يتعين عليها احترام أوضاع الإعلان من حيث المدد وكيفية إجرائه وعدد مراته، ويترتب على مخالفة تلك الشروط بطلان المناقصة (٥).

---

(١) الإعلان الإلكتروني هو (مجموعة الرسائل التي يبثها شخص عام أو خاص في إطار نشاطه التجاري أو الصناعي أو المهني والتي يهدف من خلالها إلى الترويج عن سلعة أو خدماته). ..ينظر رؤى عبد الستار صالح، الإيجاب في العقود الإلكترونية، الجامعة المستنصرية، كلية القانون، مجلة الحقوق، عد١٤، ٢٠١١، ص٢٧٠.

(٢) د. هاشم الحافظ، المصدر السابق، ص٤.

(٣) د. مهند مختار نوح، المصدر السابق، ص٥٩٠.

(٤) يشتمل إعلان المناقصة (اسم الجهة المعلنة، العمل المطلوب أوموضوع المناقصة، مكان استلام دفتر الشروط والمواصفات، مقدار التأمين الابتدائي، مقدار التأمين النهائي، موعد فتح العطاءات، قيمة دفتر الشروط والمواصفات، أية بيانات أخرى تراها الإدارة ضرورية لصالح العمل) ينظر. ... محمود محمد علي صبره، المصدر السابق، ص٥٩.

(٥) د. عبد العزيز عبدالمنعم خليفة، المصدر السابق، ص١٢٨.

وإنَّ وسائل الإعلان عن المناقصة بالإضافة إلى الوسائل المكتوبة أو المرئية، وسائل أخرى إلكترونية فالإنترنيت أصبح وسيلة ممتازة للإعلان عن المناقصة أو المزايدة، توجه من خلالها دعوة للتقدم بالعطاء الإلكتروني إلى عشرات الملايين ولكافة الدول في الكون [١].

ففي لبنان أوجبَ قانون المحاسبة العمومية بأنَّ هنالك إعلان عام وإعلان خاص وإعلان تعديل بالشكل التالي:

١. الإعلان العام: وهو إعلان لكافة المناقصات العمومية والمحصورة التي تبغي الدولة إعلانها في السنة، على أساس برنامج سنوي عام، يُعلن عنه في تواريخ لا يجوز أن تتعدى الشهر الثاني الذي يلي نشر الموازنة [٢].

٢. الإعلان الخاص: وهو إعلان خاص بكل مناقصة وهو إعلانها في الجريدة الرسمية، وفي ثلاث صحف يومية على الأقل، قبل التاريخ المحدد للتلزيم، بمدة خمسة عشر يوم على الأقل، وقبل مدة خمسة أيام على الأقل عند إعادة المناقصة أو عند الضرورة، شرط الموافقة المسبقة للمرجع الصالح لعقد النفقة [٣]. وفي حالة أجراء تعديل في دفتر الشروط، أكدَ الديوان الإعلان عن تلك التعديلات وفقا لإجراءات الإعلان في المناقصة [٤]. وأعتبرَ الديوان أن الإعلان واحترام المهل المحددة له من الأمور الجوهرية في كل عملية تلزيم يجب التقيد بهما [٥].

لكن على الرغم من إنَّ قانون المحاسبة العمومية المعمول به حالياً لم ينص على ما يتضمنه الإعلان وإنَّ من البديهي أنْ يتضمن الإعلان كل المسائل الجوهرية التي تبغي الإدارة توضيحها للراغبين بالاشتراك في المناقصة [٦].

---

(١) ففي فرنسا صدر المرسوم رقم ٩٩-٦٨ الصادر بتاريخ ٢/فبراير/١٩٩٩ (بشأن آلية وضع نماذج المعاملات الإدارية مباشرة عبر شبكة الإنترنيت)، كذلك دولة الأمارات العربية المتحدة فقد أعلنت حكومة دبي منذ عام ٢٠٠١ أن كل مشتريات الدوائر والمؤسسات الحكومية في الإمارة ستتحول إلى نظام إلكتروني عبر الإنترنيت وهذا ما جاء في القانون رقم (٢) سنة ٢٠٠٢، ينظر د. داود الباز، المناقصة الإلكترونية وسيلة لاختيار المتعاقد مع الإدارة، جامعة الكويت، مجلة الحقوق، عدد٣، سنة٢٩، ٢٠٠٥، ص١٨٣.

(٢) المادة ١٢٢ من قانون المحاسبة العمومية اللبناني.

(٣) المادة ١٢٨ من قانون المحاسبة العمومية اللبناني.

(٤) قرار ديوان المحاسبة رقم٨٢٢، ١٠ /٧/٢٠٠٣،غيرمنشور ،أورده وسيم نقولا، المصدر السابق، ص٢٠٩.

(٥) قراردیوان المحاسبة رقم ٥١٩/رم، ٢٠٠٤/٤/٢٨ مجموعة آراءواجتهادات الديوان لعام٢٠٠٤، ص٥١٠.

(٦) أن قوانين المحاسبة العمومية السابقة في لبنان ١٩٥١، ١٩٥٣، ١٩٥٤، كانت قد حددت ما يتضمنه الإعلان (موضوع المناقصة، مكان الاطلاع على دفتر الشروط، مكان وتاريخ وساعة أجراء المناقصة، الطريقة والمدة المحددة للمناقصة) وهذه هي التي حالياً تضمنها الإدارة بالإضافة إلى ما تراه ضروري. .ينظر عبد اللطيف قطيش، المصدر السابق، ص٢٥.

وفي العراق أشارت تعليمات العقود الحكومية العراقية إلى ضرورة نشر الإعلان وفقاً لمعطيات قانونية يجب على الإدارة الالتزام بها و أشارت التعليمات إلى نشر الإعلان في الموقع الالكتروني لجهة التعاقد حتى يمكن تحقيق مبدأ العلانية وبالتالي إلى اشتراك أكبر عدد ممكن ممن يرغبون بالاشتراك تحقيقاً لمبدأ المنافسة والمساواة في الاشتراك (١).

كما أجاز المشرّع تمديد مدة الإعلان عن المناقصة عند الضرورة القصوى ولمرة واحدة فقط وبشروط معينة (٢).

أما في مصر، فقد أشارت اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات في مصر بأنْ يتم الإعلان في صحيفتين يومية واسعة ألانتشار وفي حالة إذا كانت المناقصات خارجية فإنَّه يتم الإعلان في داخل مصر وخارجها باللغتين العربية والانكليزية، كما أجازَ المشرّع أعلام سفارات الدول الأجنبية وقنصلياتها بأنْ يطلب منها أعلام أصحاب الاختصاص بموضوع المناقصة وكذلك السماح للإدارة المتعاقدة بأنْ تستعمل الوسائل ألإلكترونية في إعلانها بعد موافقة الجهة المختصة وحسب أهمية العقد (٣).

أما مدة الإعلان فقد حددت اللائحة التنفيذية، بأنْ لا تقل عن عشرة أيام لتقديم العطاءات في المناقصات العامة من تاريخ أول إعلان في الصحف اليومية، ويجوز بموافقة السلطة المختصة تقصير هذه المدة بحيث لا تقل عن خمسة أيام (٤).

---

(١) ينظر المادة (٥- أولاً-ح) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية نصت (أ . في عقود التجهيز والخدمات الاستشارية مدة تتراوح من (١٥-٦٠) يوم تحدد حسب أهمية العقد وتبدأ من تاريخ آخر نشر للإعلان ويستثنى من ذلك عقود تجهيز الحنطة والرز والدواء وحسب تقدير الوزير المختص.ب . فيما يخص عقود الأشغال العامة من (٢١-٦٠) يوم تحدد حسب أهمية العقد وتبدأ من تاريخ آخر نشر للإعلان). والمادة (٣-ثالثاً) من التعليمات.

(٢) ينظر المادة (٥- سادساً-هـ) (التحري عن أسباب عدم المشاركة في الإعلان الأول للمناقصة واتخاذ الإجراءات اللازمة بشأنها) وكذلك المادة (٥- سادساً- ٤) (اتخاذ ما يلزم لتغيير أسلوب تنفيذ العقد) .

(٣) ينظر المادة (١٢) من اللائحة التنفيذية (مستبدلة بقرار وزير المالية ٤٩٧ لسنة ٢٠٠٦) كما أن المشرّع المصري قد ألزم للإدارة صاحبة العلاقة سلطة تقديرية أوسع في مجال اختيار أساليب نشر الإعلان عن المناقصة، حيث أباح لهذه الإدارة أنْ تعلن عن مناقصتها في الموقع ألالكتروني لبوابة المشتريات الحكومية على إن يشتمل كافة بيانات الإعلان في الصحف اليومية.المادة (١) من قرار رئيس الوزراء المصري رقم ٣٣ لسنة ٢٠١٠. (النشر الالكتروني عن المناقصات والمزايدات الحكومية في الجهات المختلفة).

(٤) ينظر المادة (١٤) من اللائحة التنفيذية (مستبدلة بقرار وزير المالية ٤٩٧ لسنة ٢٠٠٦).

يتضح مما تقدم إنَّ هذه المرحلة مهمة جداً في الخطوة التي تعلن فيها الإدارة للجميع عن المشروع الذي تنوي التعاقد عليه لذلك يجب أنْ يكون إعلان الإدارة صحيحاً ويحتوي على كافة المعلومات المطلوبة بشكل دقيق وواضح بخلافه يُعتبر الإجراء باطل، لأنَّ هذا الإعلان على ضوئه سيتم تقديم العروض المطلوبة. فغالباً ما يتم إعادة الإعلان بسبب عدم دقة المعلومات المتضمنة فيه من قبل الإدارة، أو عدم نشره في المواقع والصحف التي تمكن الجمهور من العلم بها.

النبذة الثانية : مرحلة تقديم العروض

العرض هو تعبير عن إرادة العارض الجازمة للاشتراك في المنافسة على العقد المنتظر وعن طريق تقديم البيانات اللازمة إلى جهة الإدارة، ولاسيما السعرية منها، وفقاً لإطار شكلي لهذا التعبير، وهذا الإطار الشكلي يؤكد على ضرورة احتواء العروض على حد أدنى من البيانات، التي لا يكون للعرض أي قيمة في حال انعدامها، وهذا ما يرتب في ذمته التزاماً، مناطه التعهد بالبقاء على إيجابه لفترة معينة، ويؤيد هذا ألالتزام بإمكانية مصادرة التأمين المؤقت، من جانب الإدارة دون الإخلال بحقها في التعويض إن كان له مقتضى، فالعرض هو عرض إرادي، يتمتع بذات الخصائص للايجاب بالمفهوم المدني [1].

أحيانا يرد تحفظ في العرض أو العطاء والتحفظ هو (إيراد اشتراطات في العطاء تخالف الشروط المعلن عنها للدخول في المناقصة، ويتطلب المفاوضة حتى يمكن النزول عن كل هذه الاشتراطات أو بعضها بما يجعلها متفقة مع شروط المناقصة بقدر الإمكان، وإنَّ اللجنة المختصة إذا لم تفاوض مقدم العطاء في التحفظات المقترنة بعطائه، فيدل على أن اللجنة قد قبلت تلك التحفظات مما يجعلها نافذة في حق الإدارة [2].

---

[1] ينظر د. مهند مختار نوح، المصدر السابق، ص٦٠٩.فالإيجاب هو تعبير عن إرادة باتة بالتعاقد، يتضمن العناصر الجوهرية للعقد، وأن يشتمل على العناصر التي تجعله صالحاً لأن ينعقد به العقد متى صادفه قبول مطابق. ..ينظر د. محسن عبد الحميد إبراهيم، النظرية العامة للالتزامات، ج١، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة، ١٩٩٣، ص٨٨. كذلك عرفته محكمة النقض المصرية بأن الإيجاب (هو العرض الذي يعبر به الشخص على وجه حازم عن إرادته في إبرام عقد معين بحيث إذا ما أقترن به قبول مطابق له أنعقد العقد) نقض مدني ١٩٨٥/١٢/٣، س٣٦، ق٢٢٣، ص١٠٨٤.

[2] د. احمد محمود جمعة، العقود الإدارية، ٢٠٠٢، ص١٧٤.كذلك فإنَّ التحفظات هي اشتراطات خاصة التي يُلحقها مقدم العطاء بعطائه ويقصد من ورائها التحفظ على أحد شروط المناقصة المعلنة أو حتى الخروج عليها=

أولا: لبنان

١. **تقديم العرض:** حدد المشرّع بأنْ يتم تقديم العرض في غلافين مختومين وأنْ تُراعى الأصول التالية عند تقديم العرض للجنة المركزية للمناقصات:وضع العرض في غلافين مختومين يتضمن الأول تصريح المناقص والمستندات التي يوجب دفتر الشروط ضمها إليه والثاني ألأسعار مع ذكر على ظهر كل غلاف موضوع محتوياته (تصريح أو بيان أسعار) موضوع المناقصة، التاريخ المحدد لأجرائها واسم المناقص، ويوضع الغلافان ضمن ظرف ثالث مضمون باسم إدارة المناقصات، ولا يذكر على ظاهره سوى موضوع المناقصة والتاريخ المحدد لأجرائها، دون أي عبارة أو أشارة مميزة أخرى كاسم العارض أو صفته أو عنوانه (١).

وأن أعطاء البيانات و الغلافات والتصاريح من النماذج الخاصة بها للراغب بالاشتراك بدون بدل (٢). أما تقديم العروض فيكون بالوسائل التالية وبحسب ما يقتضيه دفتر الشروط الخاص (٣) :

١. الإيداع المباشر:في صندوق مقفل تضعه إدارة المناقصات في غرفة خاصة بعهدة موظف مسئول، ويكون للصندوق قفلان، يحتفظ بأحدهما رئيس مكتب المناقصات، ويحتفظ بالثاني أحد موظفيه.
٢. التسليم إلى إدارة المناقصات لقاء إيصال مغفل يحمل رقماً متسلسلاً ويُذكر فيه تاريخ التسليم، موضوع المناقصة بدون أسم المناقص وعلى الموظف المختص تسجيل العرض في سجل خاص، وتدوين رقم التسجيل على غلافاتها، وختمِها والتأشير عليها لإيداعها في الصندوق.
٣. الإرسال بالبريد المضمون المغفل، وفي هذه الحالة يُسجل العرض في السجل الخاص ويدون على غلافه رقم التسجيل، ويُختم ويؤشر عليه، ويودع في الصندوق.

-والتحفظات قد ترد بشكل تحفظات مالية (تتعلق بطريق الأداء المالي) أو تحفظات فنية (ما تتعلق بظروف العمل والصيانة) ينظر عاطف محمد عبد اللطيف، المصدر السابق، ص٩٥.و إذا كانت كل العطاءات مقترنة بتحفظات، فإنَّ من اللازم البدء بالمفاوضة مع صاحب أقل عطاء، فإن رفض، جاز التعامل مع من يليه...ينظر د. حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٦، ص٦١٣.

(١) ينظر المادة ٢٠ من نظام المناقصات اللبناني

(٢) ينظر المادة ٢١ من نظام المناقصات اللبناني.

(٣) ينظر المادة ٢٢ من نظام المناقصات اللبناني.

٤. يجب أنْ يصل العرض إلى إدارة المناقصات، قبل الساعة الثانية عشر من آخر يوم عمل يسبق اليوم المحدد لإجراء المناقصة [١].

٢. الكفالة المؤقتة

بمقتضى المادة (٢) من أحكام دفتر الشروط العامة العائدة للأشغال العمومية يجب أنْ يُرفق بالعرض، مستند كفالة نظامي، يضمن جدية العرض ويُعتبر من المستندات الأساسية التي يؤدي إغفالها إلى.رفض العرض. كما حددت المادة (٤) من دفتر الشروط المذكور بأنها كفالة مؤقتة، ومحددة القيمة بنسبة ٣% من القيمة المقدرة للصفقة بعد أن تُنزل منها قيمة النفقات غير المتوقعة ونفقات الأشغال بالأمانة، ويجوز لكل صفقة تحديدها بنسبة خاصة بها في دفتر الشروط الخاص بها [٢].

والحكمة من اشتراط المشرّع إيداع المناقص تأميناً مالياً للنظر في عطاءه هي ضمان جدية مساهمة المتقدم بالعطاء في المناقصة والتحقق من سلامة قصده في تنفيذ العقد وتفادي تهرب كل من تجنح نفسه إلى الانصراف عن العملية إذا ما رسا عليه عطاؤها [٣].

ويسمى هذا الضمان في كثير من الدول العربية بالضمان الابتدائي أو المؤقت لأنَّ فترة صلاحيته قصيرة تنتهي إما بالمطالبة بالسداد فيما إذا أخل العارض بالتزاماته أو إذا رست المناقصة على عارض آخر أو رسوها على العارض مقدم الضمانة وقبوله بالتعاقد، وفي هذه الحالة يوقع العقد ويرفق بضمانات أخرى، وفي الدول الأوربية يتم استبدال ضمانة المناقص بكتاب تعهد حيث يقوم المصرف بإنشاء ضمانة حسن تنفيذ نهائية فيما إذا رسا العقد على العارض، وميزة هذا التعهد إنَّه يؤمن نفس الحماية التي تقدمها ضمانة المناقصة إضافة إلى استبداله مباشرة بضمانة حسن التنفيذ من قبل المصرف في حال رسو العرض عليه، وبذلك فهو يخفض النفقات والتكاليف على المقاول [٤].

---

[١] المادة ٢٣ من نظام المناقصات اللبناني.

[٢] د. عبد الرءوف جابر، المصدر السابق، ص١٤٠.

[٣] د. هاشم الحافظ، المصدر السابق، ص٨.

[٤] أحمد صقر، الضمانة المصرفية لدى أول طلب، رسالة دبلوم، الجامعة اللبنانية، ٢٠١١، ص٣١.

٣. صيغة الكفالة المؤقتة:

إن صور الكفالة تكون بالشكل التالي [١] :

١. تكون نقدية: تدفع إلى أحد صناديق الخزينة مباشرة، أو إلى صندوق الإدارة المختصة لقاء إيصال يرفق بالعرض.

٢. تكون مصرفية[٢] : صادرة من مصرف مقبول، ومحررة باسم الإدارة المختصة أو باسم خزينة الدولة.

ثانيا: العراق

١. تقديم العرض

تقدم عروض الراغبين بالاشتراك إلى مقرر لجنة فتح العطاءات [٣]، وهو الذي يقوم بإيداع هذا العطاء في الصندوق المخصص لهذا الغرض في الجهة المختصة كما يجوز إرسال العطاء بالبريد المسجل والبريد السريع في موعد يؤمن وصولها إلى الجهة المعنية قبل موعد غلق المناقصة [٤]، وتقدم العطاءات داخل غلاف مختوم يُكتب عليه اسم المناقصة ورقمها ويجب أن ترفق مع العطاء جميع مستندات المناقصة [٥].

٢. التأمينات الأولية

حددت تعليمات تنفيذ قانون العقود الحكومية مقدار التأمينات الأولية بمقدار (١%)، حيث أشارت الشروط العامة للمقاولات إنه يجوز ألاستعاضة عن التأمينات النقدية بخطاب

---

[١] ينظر المادة ١٢٧ من قانون المحاسبة العمومية

[٢] الكفالات المصرفية هي الكفالات التي تصدرها البنوك وتضمن بموجبها لعملائها التزاماتهم تجاه الطرف الثالث، واستعمال تعبير الكفالة المصرفية هو الاستعمال الشائع لخطاب الضمان فهنالك دول تستعمل مصطلح خطاب الضمان مثل لبنان، مصر، العراق ودول الخليج العربي، ودول أخرى تستعمل مصطلح كفالة مثل الأردن. .ينظر عبد الرءوف جابر، المصدر السابق، ص٣٥٩.

[٣] يحدد أسمه ضمن أعضاء لجنة فتح العطاءات وفقاً (المادة ٦- أولا)، من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية

[٤] ينظر (المادة ٦- خامساً- ٦) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية.

[٥] ينظر الفقرة (٣، ٢) من شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية الصادرة من وزارة التخطيط العراقية (شروط عامة).

ضمان، أو شيك مصدق صادر من أحد المصارف الحكومية.أو احد المصارف المعتمدة بموجب نشرة البنك المركزي [١].

كذلك ألا يكون خطاب الضمان المقدم كتأمين ابتدائي أو نهائي مشروطاً وفي تحديد ما يعد شرطاً يبطل الخطاب، ويحق لذلك لجهة الإدارة استبعاد العطاء بوصف إنه أفتقد للتأمين ألابتدائي الواجب ألإرفاق بالعطاء المقدم من المتعاقد [٢].

على هذا يجب أن تكون التأمينات الأولية تغطي فترة نفاذية العطاء المقدم من الراغب بالاشتراك كما لا يجوز أعادة التأمينات إلى مقدمي العطاءات إلا الذين ترى اللجنة إنه لا يحتمل أن ترسو المناقصة عليهم مع الاحتفاظ بتأمينات الثلاث الأوائل المرشحين للإحالة، كما أوجب المشرّع بضرورة التأكدَ من صحة صدور خطاب الضمان أو الصكوك المعتمدة من الجهات المعنية قبل الإحالة [٣]، كما أشارت التعليمات إلى استبعاد العطاء الذي لم ترفق فيه التأمينات الأولية [٤].

كما تمكن التأمينات الأولية الإدارة من إيقاع الجزاء على مقدم العطاء، الذي رست عليه المناقصة، ولو لم يوقع العقد من خلال مصادرة هذه التأمينات واعتباره ناكل فهي نوع من الجزاءات المالية التي تفرضها الإدارة لما لها من سلطة عامة دون اللجوء إلى القضاء [٥]. وتأكيداً على أهميتها، فقد وجه ديوان الرقابة المالية الاتحادي الدوائر الحكومية إلى ضرورة تدقيق

---

[١] المادة (١٦- أولاً- أ، ب) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية. الفقرة (٧) من شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية.وخطاب الضمان (تعهد يصدر من البنك بناء على عميل له (الأمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (المستفيد) دون قيد أو شرط إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب، ويوضح فيخطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله) ومن أنواعه خطاب ضمان ابتدائي (الذي يقدم عند التقديم للمناقصة) وخطاب الضمان النهائي (الذي يقدم عند رسو المناقصة). ..ينظر د. جاسم علي سالم الشامي، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، المؤتمر السنوي لجامعة بيروت العربية – كلية الحقوق، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٢، ص٣٧٧

[٢] ينظر عاطف محمد عبد اللطيف، المصدر السابق، ص٩٥.

[٣] المواد (٧-١٧-١٦) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية.

[٤] المادة (٧- أولاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية.

[٥] ينظر د ماهر صالح علاوي، القانون الإداري، دار الكتب للطباعة والنشر، ١٩٨٩، ص١٨٩ وكذلك ينظر رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في العراق في فرض الجزاءات على المتعاقد معها، رسالة ماستر، جامعة بغداد، ٢٠٠٥، ص٦.

نفاذية خطاب الضمان بشكل مستمر خاصة إذا كانت إجراءات التعاقد طويلة حفاظاً على المال العام [1].

ثالثاً: مصر

١. تقديم العرض

يقدم العطاء في مظروفين مغلقين بالشكل التالي [2] (مظروف فني/ يحتوي على العرض الفني، التأمينات المؤقتة، طريقة التنفيذ، البرنامج الزمني للتنفيذ، الكتلوكات، ومصادر ونوع المواد، التي تستخدم في التنفيذ، أسماء ووظائف وخبرات الكوادر التي سيسند لها تنفيذ العملية، بيانات عن الشركات التي يسند إليها جزء من العمل مع البيانات التي توضح الجانب الضريبي والقانوني له، ومظروف مالي/ يحتوي على قوائم الأسعار وطريقة السداد وقيمة الصيانة ومستلزمات التشغيل والعناصر التي تؤثر في القيمة المالية للعرض).

كما إنَّ العطاء يبقى نافذ المفعول وغير جائز الرجوع عنه طوال فترة إصداره من مقدم العطاء لطول مدة نفاذيته وكما هو محدّد في استمارة العطاء المرافقة [3]، وفي حالة قيام مقدم العطاء سحب عطائه قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف، فإنَّ التأمين المؤقت يصبح حقاً للإدارة لأنَّه سحب العطاء يعتبر مخالفة من المتقدم لشروط المناقصة التي أرتبط بإيجابه الملزم على مقتضاها، ومن ثم يعتبر التأمين المؤقت حقاً خالصاً للإدارة، ويجوز تعديل العطاء بالزيادة والنقصان مادام لم يتم فتح العطاء ولكن بشكل عام يبقى مقدم العطاء ملتزم بعطائه حتى تُعلن نتيجة المناقصة [4].

٢. التأمينات الأولية

يهدف التأمين الأولي أو المؤقت إلى ضمان جدية مساهمة المتقدم بالعطاء في المناقصة، والتحقق من سلامة مقصده في تنفيذ العقد في حالة رسو العطاء عليه، لقد حدد

---

(١) موقع ديوان المحاسبة، المصدر السابق، كتاب ديوان الرقابة المالية الاتحادي إلى الأمانة العامة لمجلس الوزراء (٢/٥/٥/٢٢٥٣ في ٢٠١٢/١/٢٩).

(٢) المادة (٨) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨.

(٣) ينظر المادة (٥٩) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨.

(٤) ينظر المادة (٦٠) من اللائحة التنفيذية. كذلك نصت المادة (٩٣) من القانون المدني المصري (إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد).

المشرّع المصري قيمة التأمينات الأولية التي يجب أن ترفق بالعطاء بما لا يتجاوز (٢%) من القيمة التقديرية، ويستبعد كل عطاء غير مصحوب بكامل هذا المبلغ ويجب رد التأمين المؤقت إلى أصحاب العطاءات الغير مقبولة دون توقف على طلبهم، وذلك فور إنهاء المدة المحددة لسريان العطاء [١].

أما طريقة تأدية التأمينات الأولية تكون بالشكل التالي [٢] :

١. **تأمينات نقدية:** تودع في خزينة الجهة الإدارية بموجب إيصال رسمي يثبت في العطاء.
٢. **بموجب شيك:** حيث تقبل الشيكات المصرفية أو المعتمدة من المصارف المسحوبة عليها .وتقبل الشيكات المسحوبة على مصارف من الخارج بشرط التأشير عليها بالقبول من أحد المصارف المعتمدة بالداخل.
٣. **خطاب ضمان:** بموجب خطاب ضمان يصدر من أحد المصارف المحلية المعتمدة بشرط ألا يقترن بقيد أو شرط مع أقرار المصرف أنْ يكون الدفع تحت أمر الجهة الإدارية مبلغاً يوازي التأمين المطلوب وأن المصرف مستعد لأدائه بأكمله عند الطلب منها وعدم أخذ موافقة أو رفض مقدم العطاء.

النبذة الثالثة . مرحلة فتح المظاريف وتحليلها (إسنادها أو البت بها)

أولاً: لبنان

تدار المناقصات في لبنان من قبل إدارة المناقصات في التفتيش المركزي، حيث تتولى إدارة المناقصات الأعمال المتعلقة بالمناقصات وفقاً للأحكام القانونية والتنظيمية النافذة [٣]، وتشمل هذه الإدارة [٤] :

---

[١] المادة ١٧ من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة١٩٩٨، والمادة ٧٢ من اللائحة التنفيذية وقد تأكدَ ذلك بقضاء المحكمة الإدارية العليا في مصر (ومن حيث أنّ الثابت من الواقعة المعروضة إنّ العطاء الذي تم إرساء المناقصة عليه بواسطة لجنة البت كان مقدماً من مؤسسة خاصة غير مصحوب بتأمين مؤقت ولم يتم تدارك هذه المخالفة بسداد التأمينات النهائي كاملاً الذي هو شرط للنظر في العطاء ورغم ذلك فإن جهة البت نظرت في هذا العطاء ولم تستبعده، بل أرست المناقصة عليه، فإنّه في هذا الشأن يعد مخالفاً للحكم الصريح الذي أورده المشرّع) حكم المحكمة في الطعن رقم ٣١٧٤ لسنة ٢٩ق، جلسة ١٩٩٠/٣/٣١، نقلاً عن د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المصدر السابق، ص١٣٤.

[٢] ينظر المادة ٧٠ من اللائحة التنفيذية (مستبدلة بقرار وزير المالية٤٩٧ لسنة٢٠٠٦).

[٣] المادة (٣) من نظام المناقصات اللبناني.

[٤] ينظر عبد اللطيف قطيش، المصدر السابق، ص٧٤

أ. **لجان المناقصات:** تعين لجنة مركزية في بيروت، وهي تتألف من هيئات تضم كل منها رئيساً وعضوين أحدهما يمثل وزارة المالية، كما يمكن تعيين لجنة خاصة في كل محافظة.

ب. **مكتب المناقصات:** وهو يضم موظفين إداريين، وفنيين بينهم مهندس، ويمكن أنْ يُنتدب إليه مستشار معاون في مجلس الشورى.أما مهام وواجبات لجان المناقصات ومكتب المناقصات فقد حدده المشرّع بصورة واضحة، حيث يقوم مكتب المناقصات فور انتهاء المهلة المحددة للعروض من فتح الصندوق وتدقيق الغلافات العائدة للمناقصة المقرر إجرائها وتثبيت الملاحظات لكل ظرف بعد ذلك ينظم محضراً بهذه العملية لغرض تسليمها في اليوم التالي مع الملفات إلى اللجنة [1].

أما لجنة المناقصات فإنَّ واجباتها تبدأ قبل اجتماعها حيث يتم استلام الملفات وعروض المناقصين من رئيس المكتب وبعد ذلك، تفتح اللجنة جلستها لتحديد أسماء المقبولين وإعلان أسم الملتزم المؤقت وتبت في المشاكل التي تطرأ أثناء الجلسة كما أجاز القانون بإمكانية الاستعانة بخبراء تعتمدهم إدارة المناقصات وتتخذ قراراتها بالأكثرية بدون غياب أي عضو منها [2].أما إسناد الالتزام، فإنَّ إسناد الالتزام بصورة مؤقتة ليس سوى نتيجة للإمكانية المتاحة للمرجع الصالح لعقد النفقة بالقبول أو بعدم القبول بالنتيجة التي آلت إليها المناقصة وبالتالي أمكانية عدم التصديق على الصفقة من قبله [3]، كما أوجبَ المشرّع على أنْ يتم الأخذ بعين الاعتبار أنْ يُسند الالتزام مؤقتاً إلى من قدم أدنى الأسعار أو إلى من قدم أفضل العروض إذا كان دفتر الشروط يقضي باعتماد عناصر مفاضلة غير السعر، على أنْ (تعطى العروض المقدمة لسلع مصنوعة في لبنان أفضلية بنسبة ١٠% عن العروض المقدمة لسلع أجنبية شرط أنْ تحدد السلع الوطنية

---

(١) المواد (٢٨-٣١) من نظام المناقصات

(٢) ينظر المواد (٣٢-٣٧) من نظام المناقصات، (وإن غياب احد أعضاء اللجنة يجعل قرار التلزيم باطلاً، وأن أجمع الثلاثة الباقون على اتخاذه، وبما إن اللجنة اتخذت قرارها بغالبية ثلاثة أعضاء فقط فيعتبر قرارها باطلا) قرار ديوان المحاسبة رقم ٤٩٢/ر م، ٢٠٠٣/٤/١٥، مجموعة أراء و اجتهادات الديوان لعام٢٠٠٣، ص٤٤٢.

(٣) ينظر وسيم نقولا، المصدر السابق، ص٢١٤.وهو يشابه الاتفاق المبدئي كما هو الحال في القانون المدني (فالاتفاق المبدئي هو أتفاق مؤقت بين شخصين أو عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين، وهذا الاتفاق قد يحصل على أثر مفاوضات أو بعد تقديم العرض، ويكون له موضوع وسبب، وقد يتضمن تحديد الثمن فهو لا يشكل عملا إراديا منفرداً أو مجرد واقعة قانونية أو التزاماً أدبياً مجرد من العقاب، بل إنه عمل قانوني متبادل يقوم على توافق أرادتين ويستتبع آثار قانونية معينة متى أقترن بالتأييد أو بالتصديق اللاحق، ولكنه اتفاق غير نهائي يمكن أعادة النظر فيه). .ينظر د. هدى عبد الله، دروس في القانون المدني، العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٨، ص١١٣.

والشروط التي يجب أنْ تتوفر فيها للاستفادة من هذه الأفضلية بمراسيم تتخذ في مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير الاقتصاد الوطني) [١].

كذلك إنَّ قرار لجنة التلزيم بإسناد الالتزام إلى من قدم أدنى الأسعار أو أفضل العروض لا يولدْ أي حق مكتسب طالما لم توقعه السلطة المختصة [٢].

وإن مسألة التوقيع أو عدم التوقيع على الالتزام هو أستنسابي يعود أمر مراقبته إلى القضاء الإداري [٣].

كما يُشترط أبلاغ التصديق إلى الملتزم المؤقت وإنَّ القرار القاضي بالموافقة على نتيجة المناقصة لا يسرِي على هذا الملتزم إلا اعتباراً من تاريخ أبلاغه التصديق بالطرق الإدارية المعتمدة [٤]، كما أوجبَ القانون عرض المعاملة على مراقب عقد النفقة للتأشير في بعض الحالات [٥].أما إذا تساوت العروض، أُعِيدَت المناقصة بطريق الظرف المختوم بين أصحابها دون سواهم، فإذا رفضوا تقديم عروضاً جديدة أو إذا ظلت عروضهم متساوية عُين الملتزم المؤقت بطريقة القرعة بين أصحاب العروض المتساوية [٦].

وإنَّ ألإسناد المؤقت يجعل الإدارة على بينة كاملة من نتيجة المناقصة من خلال تعيين العارض الذي تنوي التعاقد معه والذي يوجب عليها التقيد به، وهو يوضح للمشتركين موقفهم من المناقصة فالمقبول عرضه عليه ترتيب أوضاعه لإكمال إجراءات التعاقد، والغير مقبول أصبح في حل من الالتزامات التي ترتبت عليه من اشتراكه في المناقصة [٧].

---

[١] المادة ١٣١ من قانون المحاسبة العمومية.

[٢] ينظر د. فوزت فرحات، المصدر السابق، ٢٠٠٤، ص٤٧٢.

[٣] شورى لبناني قرار رقم ٧٨٦ تاريخ ١٩٩٥/٦/٧، شركة أسار/الدولة والمصلحة الوطنية للتعمير، م ق أ، ١٩٩٦، م ٩، ص٦٠٩.شورى لبناني قرار رقم ٨١٤ تاريخ ١٩٩٥/٦/٢٣، مجموعة كونكرد-نجار/المصلحة الوطنية لنهر الليطاني، م ق أ، ١٩٩٦، م٩، ص٦٣٢.

[٤] وجيه سعد، المصدر السابق، ص١٦٣.

[٥] المادة ٦١ من قانون المحاسبة العمومية.

[٦] المادة ١٣٢ من قانون المحاسبة العمومية (وهنالك من التشريعات التي ترى عند تساوي العروض فإنه يفضل المناقص الذي يتضمن عرضه ميزات أضافية، ثم المناقص المقيم في البلد بصورة دائمة، ثم مدة التسليم الأقل إذا كانت سرعة التسليم لمصلحة الدائرة المستفيدة، كما هو الحال عند المشرّع الأردني. .ينظر د. نواف كنعان، المصدر السابق، ص٣٥١.

[٧] د. عبدالرءوف جابر، المصدر السابق، الضمانات، ص١٤٤.

ثانياً:العراق

إنَّ هذه العملية تجري وفقاً لما قررته تعليمات العقود الحكومية حيث تشكَل لجنة لفتح العطاءات يَشترك فيها من ذوي الخبرة والاختصاص وقد أوجب المشرّع أن تتضمن اللجنة أعضاء من الدوائر القانونية والمالية وتشكيلات العقود فيها والفنية مع المقرر من خلال لجنة مركزية في مركز كل وزارة أو الجهة الغير مرتبطة بوزارة أو تشكل في التشكيلات التابعة للوزارة أو غير مرتبطة بوزارة، وكذلك في كل جهة تعاقدية في الإقليم أو المحافظات غير منتظمة بالإقليم والتشكيلات التابعة لها [١].

وتجتمع اللجنة في الوقت المحدد، وإنَّ المشرّع قد جعلها علنية بحضور الراغبين من مقدمي العطاءات أو ممثليهم وتقوم بواجبات (التأكدُ من وجود الأختام على أغلفة العطاءات، التأكد من وجود التأمينات الأولية في العطاء، العطاءات المبنية على تخفيض نسبة مئوية أو مبلغ مقطوع، العطاءات البديلة، عدد الأوراق المكونة لكل عطاء، وضع علامة واضحة حول كل حك أو محو أو إضافة أو تصحيح ورد في جدول الكميات المسعر مع توقيع رئيس وأعضاء اللجنة، التأكدُ من توقيع مقدم العطاء على استمارة العطاء وعلى كل صفحة، الإشارة إلى الملاحظات في المحضر مع الملاحظات والتحفظات المدونة والملاحق الخاصة) [٢].

وبعد الانتهاء يقوم رئيس اللجنة بإعلان الأسعار في لوحة الإعلانات متضمن السعر ومدة التنفيذ والمواصفات مع التأكيد على إنَّ الأسعار المعلنة خاضعة للتدقيق والتحليل ويتم تنظيم محضر بأعمال اللجنة يوقع عليه الرئيس وأعضاء اللجنة مع ذكر كافة الملاحظات [٣].

بعد ذلك تُحال العطاءات ومرفقاتها ومحضر لجنة الفتح إلى لجنة تحليل العطاءات حيث تُشكل لجنة لتحليل العطاءات من فني ومالي وقانوني و يصدر أمر إداري بأسمائهم موضَحاً فيه المدة التي على اللجنة أنْ تنتهي أعمالها، ولها ألاستعانة بالجهات ذات الخبرة وتخضع توصياتها لمصادقة رئيس جهة التعاقد أومنْ يخوله حسب الصلاحية المالية المعتمدة لأغراض التعاقد، وتقوم اللجنة (استبعاد العطاء الذي لم ترفق به التأمينات، استبعاد العطاء المبني على تخفيض نسبة مئوية أو مبلغ مقطوع، تكون عملية التحليل سرية، واحتساب الأسعار على أسس موحدة

---

[١] المادة (٦- أولاً وثانيا و ثالثاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية.

[٢] ينظر المادة (٦- خامساً- ج) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية.

[٣] ينظر المادة (٦- خامساً- ح) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية.

على أن ينص عليه في التعليمات لمقدمي العطاءات ضمن مستندات المناقصة، والتأكدَ من وجود المستمسكات المطلوبة في العطاء) [١].

بعد ذلك تقوم اللجنة بتنظيم جدول ومحضر نهائي يبين فيه تفاصيل العطاءات والنواقص إنْ وجدت وتحديد الثلاثة الأوائل المرشحين للإحالة ورفعه إلى رئيس جهة التعاقد للبت فيه حسب الصلاحية المخولة له لأغراض التعاقد [٢].

ثالثاً: مصر

أما في مصر يكون تشكيل لجنة فتح المظاريف بقرار من السلطة المختصة برئاسة موظف تتناسب وظيفته ودرجته مع أهمية المناقصة وعضوية ممثل عن الجهة الطالبة وأعضاء من فني وقانوني ومالي ومدير إدارة المشتريات أو من ينيبه ويحضر مندوب إدارة الحسابات لتسلم التأمينات ويجوز أنْ ينص القرار على منح عضو أو أكثر إلى اللجنة [٣]. ويقوم رئيس لجنة فتح المظاريف بفتح صندوق العطاءات وتثبيت الملاحظات المحددة في التعليمات [٤]، ومن ثم إرسال المحضر إلى لجنة البت، وتتولى لجنة البت دراسة العروض الفنية للتحقق من مطابقتها للمواصفات والشروط الفنية لدراسة العروض ورفع تقرير بنتائج الدراسة إلى لجنة البت، وللجنة أنْ تستوفي من مقدمي العروض خلال مدة لا تجاوز سبعة أيام ما تراهُ من بيانات ومستندات واستيضاح ما غمض من أمور فنية بما يعينها في أجراء التقييم الفني الدقيق للعروض وذلك دون إخلال بتكافؤ الفرص والمساواة بين مقدمي العروض وعلى اللجنة أنْ تبين بالتفصيل الكافي أوجه النقص والمخالفة للشروط والمواصفات في العطاءات التي تسفر الدراسة عن عدم قبولها فنياً [٥].

وترفع لجنة البت محضراً بتوصياتها موقع من جميع أعضائها ومن رئيسها للسلطة المختصة لتقرير ما تراه [٦].

وبعد اعتماد توصيات لجنة البت من السلطة المختصة تتولى إدارة المشتريات إخطار مقدمي العروض المقبولة فنياً بموعد ومكان انعقاد لجنة فتح المظاريف المالية ليتسنى حضورهم

---

[١] المادة (٧) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية.

[٢] المواد (١٩، ٧) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية.

[٣] المادة (١٥) من اللائحة التنفيذية.

[٤] المادة ١٧ من اللائحة التنفيذية.

[٥] المادة ٢٣ من اللائحة التنفيذية (مستبدلة بقرار وزير المالية٤٩٧ لسنة ٢٠٠٦).

[٦] المادة ٢٤ من اللائحة التنفيذية.

أو مندوبيهم أعمال اللجنة ويجب مراعاة انقضاء سبعة أيام بين تاريخ إعلان أسباب القرارات الخاصة بقبول أو استبعاد الإخطارات الخاصة بموعد فتح المظاريف المالية [١].

وتجتمع لجنة فتح المظاريف بذات تشكيلها السابق في الموعد والمكان المحددين لفتح المظاريف المالية وتتولى اللجنة مباشرة الإجراءات المنصوص عليها بهذه اللائحة بشان فتح المظاريف الفنية بعد التحقق من سلامة المظاريف المالية ووجود رقم العطاء وتوقيع أعضاء اللجنة السابق على كل مظروف بجلسة فتح المظاريف الفنية [٢].

وبعد أنْ يتم تدقيق الأسعار تدقيقاً دقيقاً من قبل موظف أو أكثر [٣]، بعد ذلك تقوم لجنة البت بالمفاضلة وإجراء توحيد أسس المقارنة من جميع النواحي الفنية والمالية، ثم ترفع لجنة البت محضراً بإجراءاتها وتوصياتها للسلطة المختصة لتقرير ما تراه مناسباً [٤].

وإنَّ قرار لجنة البت بإرساء المناقصة على أحد المتقدمين ليس الخطوة الأخيرة في التعاقد، بل ليس إلا إجراءاً تمهيدياً وكل ما يترتب على قرار لجنة البت نتيجة واحدة، وهي التزام الإدارة بألا تتعاقد إلا مع من ترسو عليه المناقصة وهو ما يعرف بآلية المناقصة ولكن في مقابل هذه الآلية، جرى قضاء مجلس الدولة الفرنسي، على تخويل الإدارة حق العدول عن التعاقد إطلاقا، بإلغاء المناقصة، إذا رأت أن المصلحة العامة في هذا العدول، حتى لا تجبر الإدارة على التعاقد مع شخص لا تريده [٥]. كما وعلى الإدارة إن تلتزم باختيار أفضل العروض أو ما يعرف بمبدأ آلية المناقصة، فالمناقصات العامة منظمة على أساس تقييد حرية الإدارة، حيث تلتزم باختيار أفضل عطاء فإذا خرجت عن ذلك جاز قيام مسؤوليتها متى نجم عن ذلك ضرر لحق بمن تقدم بأفضل عطاء وهذا ما قضَتْ به المحكمة الإدارية العليا في مصر بتحميل الإدارة الخطأ جزاء مخالفتها للقانون [٦].

---

[١] المادة ٢٥ من اللائحة التنفيذية (مستبدلة بقرار وزير المالية ٤٩٧ لسنة ٢٠٠٦).

[٢] المادة ٢٦ من اللائحة التنفيذية.

[٣] المادة ٢٧ من اللائحة التنفيذية.

[٤] المادة ٢٨ من اللائحة التنفيذية.

[٥] د. سليمان الطماوي، المصدر السابق، ص٣٠٣ (حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في١٧/ابريل/١٨٩١ في قضية (Lanier).

[٦] حكم المحكمة الإدارية العليا في٢٧/يناير/١٩٧٣، رقم ٥٥٢ سنة ١٤ق نقلا عن د. مجدي عزالدين يوسف، المصدر السابق، ص٣٤٨.

بعد أنْ انتهت الإدارة من إجراءات التعاقد وأصبح معلوم لديها العارض الذي تنوي التعاقد معه، فلابد أخيراً من بيان ما للإدارة من سلطة تقديرية في إبرام العقد معه والآثار القانونية لقرار إبرام العقد والصيغة القانونية لإبرام العقد الإداري وهذا ما سنتناوله في المطلب التالي.

المطلب الثاني: النظام القانوني لإبرام العقود الإدارية

الفقرة لأولى: مدى سلطة الإدارة في إبرام العقد

إنَّ تمتع السلطة المختصة بإبرام العقد، بالسلطة التقديرية في قبول أو رفض لاعتماد نتائج الإرساء، إنما يستند على اعتبارات جوهرية تبررها، فدون شك إنَّ المناقصة تهدف إلى إبرام عقد يتصل بدوره بتسيير مرفق عام، وإنَّ مصلحة هذا المرفق لا يمكن أنْ تتحقق إذا كانت المناقصة عبارة عن سلسلة من العمليات المتتالية التي يكون اختصاص الإدارة فيها مقيداً، مما يوجب تمتع الإدارة بمكنة تقدير المقومات القانونية والفنية للشخص الذي يحتمل التعاقد معه، ولا سيما إنَّ هذا الشخص يجب أنْ يُنظر إليه كمعاون للإدارة في إدارة المرفق العام [1].

فعندما تنتهي الإدارة من إجراءات طرح المناقصة وبعدَ أنْ يتم ترسيتها بموجب قرار إحالة، ويعتبر هذا القرار قبولاً رسمياً بإيجاب العارض، بحيث تنتج ألآثار القانونية المترتبة عليه، فلا يجوز بعد صدور الترسية إجراء أي تعديل أو تغيير بالإضافة أو الحذف على هذا القرار، سواء أكان ذلك في الكميات أو المواصفات أو الأسعار أو نوعية الأعمال أو المخططات أو التصاميم، ويُعتبر كل ما يمكن أنْ يتم من هذا القبيل من أي من طرفي التعاقد غير ذي أثر، فيلغى وتبقى الترسية كما هي ملزمة لأطرافها تمهيداً لإبرام العقد [2].

وهذا ما أكدَته محكمة القضاء الإداري في مصر (إنَّ التعبير عن جهة إرادة جهة الإدارة غالباً ما يتم في شكل عملية مركبة ومتشابكة، وقد تكون على مراحل متعددة في فترات متلاحقة على حسب الأحوال، وعادة ما يَسبق ذات التصرف الذي يتم بمقتضاه إبرام العقد الإداري طائفة من الإجراءات والتدابير التي تمهد وتهيئ لمولد ذلك التصرف الذي قد تعقبه طائفة أخرى من تدابير وإجراءات التصديق والاعتماد اللازم لإبرام العقد، وتكون مكملة له مستهدفة أعمال أحكامه

---

[1] د. مهند مختار نوح ، المصدر السابق، ص ٦٨٢.

[2] د. عبد الرؤوف جابر، المصدر السابق، ص١٧٨.

وتطبيق بنوده، وطبيعي أنْ يكون إبرام العقد الإداري مسبوقاً في العمل بمرحلة تحضيرية تدور خلالها المباحثات والمفاوضات، وهذا التبادل لوجهات النظر بين الطرفين الراغبين بإبرام العقد لا يمكن أن يولِد في حد ذاته رابطة تعاقدية بل وحتى عبارات القبول المؤقت التي تصدر من بعض الموظفين الإداريين ممن ليست لهم ولاية الإبرام، ويكون قد أُنيط بهم إجراء تلك المفاوضات، لا يمكن أن تنشأ عنها رابطة عقدية) [1].

كذلك إنَّ من مصلحة الإدارة أنْ يكون لها الحق في ألاعتراض النهائي في بيان ملائمة العقد في حد ذاته، فقد تتغير حاجات المرفق العام الذي يتصل به هذا العقد في أي لحظة من لحظات طرح الأجراء، ويصبح الالتزام بنتائج الإرساء متنافياً مع الصالح العام، كما إن المصلحة المالية للإدارة قد تكون متعارضة مع نتائج الإرساء، ذلك لأنه مبدأ تلقائية الإرساء الذي تقوم عليه المناقصة قد يؤدي إلى كون السعر المقدم من جانب العارض أكثر بكثير أو أعلى بشكل ملحوظ من المعطيات الاقتصادية للسوق، وهذا يستلزم من الإدارة تدخلاً لاحقاً لإصلاح ما قد يكون ألإرساء التلقائي قد توصل إليه من نتائج غير معقولة أو غير عادلة[2].

فالأسس العامة التي تحكم العقود الإدارية تخول الإدارة عدم التعاقد، سواء قبل المناقصة أو بعدها، إذا ثبت للإدارة أن المصلحة العامة تقتضي عدم التعاقد، ذلك إنَّ هذه المصلحة العامة تخول الإدارة، حق التحرر من العقد بعد إبرامه، فيكون لها من باب أولى عدم إبرامه كلية، إذا لم تكن قد تعاقدت بعد [3].

لذلك فإنَّ الإدارة تلتزم بالتعاقد مع من عينته لجنة البت في العطاءات، تطبيقاً لمبدأ آلية المناقصة، فإذا خالفت الإدارة هذا المبدأ وقع قرارها باطلاً لمخالفة القانون ولأنَّ القبول الصادر من الإدارة تجاه غير من اختارته لجنة البت لنْ يصادف إيجاباً يلتقي به باعتبار إنَّ من تستبعده لجنة البت يتحلل من إيجابه [4].

فالأصل أنْ تلتزم الإدارة بإتباع الإجراءات التي تستلزمها المناقصة، وأنْ تتأكدْ من حاجتها للمواد التي تريد شرائها، فلا يحق للإدارة بعد إجراء المناقصة وقبول العطاءات وإتمام

---

(1) د. ياسر أحمد الصيرفي، المصدر السابق، ص١٠٦.

(2) Quancard. M.Ladjudication des marche public de travaux et de fournitures. Sirey.1945.p.175نقلا عن د. مهند مختار نوح، المصدر السابق، ص٦٨٢.

(3) د. سليمان الطماوي، المصدر السابق، ص٣١٣.

(4) د. محمد فؤاد عبد الباسط، المصدر السابق، ص٥٢٥.

التعاقد أنْ تحاول التنصل من التعاقد بالتذرع بأنَّ إجراءات التعاقد لم تتبع قبل إتمام المناقصة، إلا إذا ثبت ذلك في أسباب تتعلق بالمصلحة العامة (١).

فقرار الإحالة يعني القبول الرسمي من صاحب العمل لعرض المناقصة وإنَّ كتاب القبول يعني الكتاب الذي يبلغ به المقاول بقرار الإحالة، ويتضمن قرار الإحالة الذي يصدر عن المرجع الصالح للبت في الموضوع عدة بنود هي الإشارة لطلب الجهة صاحبة المشروع، وإنه تم الإعلان عنه في التاريخ المحدد، طبيعة التمويل والفصل والمادة من قانون الموازنة، وصف العمل، إجراءات لجنة البت، استنادها في الإحالة، وهذا القرار يكون مكتوب وموقع من أعضاء لجنة البت، ويرفعه رئيس اللجنة إلى الجهة صاحبة الصلاحية بالتصديق على القرار ثم يبلغ قرار الإحالة بعد التصديق عليه إلى صاحب العمل وهو جهة غير لجنة البت.ويقوم صاحب العمل بتبليغ القرار إلى المناقص الذي رسا عليه العطاء بالقرار، وإن عدم التصديق على قرار الإحالة لغايات المصلحة العامة فإن الأمر لا يتعلق بسوء استعمال السلطة وبالتالي لا يعتبر قرار عدم التصديق مشوباً بهذا العيب، أما عدم التصديق إذا كان لا يتفق مع القانون فإن قرار الإحالة لا يعتبر نافذ غير إنه يترتب على ذلك حق المحال عليه بطلب التعويض عما أصابه من ضرر لحسن نيته في التعاقد (٢).

الفقرة الثانية: الآثار القانونية لقرار إبرام العقد

إنَّ كل هذه الإجراءات هي لضمان توافق المشروع مع احتياجات الدولة وخطط التنمية، فيلزم أن تكون إجراءات ومعايير التقييم قائمة على قدر من الدقة والمرونة بشكل يُسمح بتقييم العروض على نحو صحيح للتحقق من أمكانية تحقيق أغراض المشروع الفنية والاقتصادية و ألاجتماعية، فهذه العناصر جميعاً يجب أن تدخل ضمن عناصر التقييم فلا يصلح السعر أو مجرد الكفاءة الفنية لتقييم الشركة أو المستثمر الأفضل (٣).

---

(١) د. ماجد راغب الحلو، المصدر السابق، ص٧٩.

(٢) د. عبد الرءوف جابر، المصدر السابق، ص٥١.

(٣) د. هاني صلاح سرى الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ٢٠٠١، ص٢١٦.

إن قيام السلطة المختصة بإصدار قرار الإبرام، تقوم الرابطة العقدية بين الطرفين، ويتحول مركز العارض الذي تم اختيار عرضه باعتباره الأكثر ملائمة للإدارة، من مركز المتعاقد المؤقت إلى مركز المتعاقد [١].

فقرار الإدارة بالتعاقد هو بمثابة تعبير عن إرادتها في التعاقد، فهو يعتبر الخطوة الأساسية لقيام توافق الإرادات اللازمة لإبرام العقد وترتيبه لأثاره، ومن ثم إنَّ عدم صدور قرار من الإدارة بالتعاقد أو عدم التوقيع على العقد من الجهة المختصة يجعل العقد باطل بطلان مطلق، باعتبار إنَّ قرار التعاقد يشكل عنصراً حيوياً في تكوين العقد، ومن ثم لا يمكن للمتعاقد مع الإدارة أن يتمسك بأي التزامات عقدية في مواجهة الإدارة [٢].

فللمصادقة على العقود الإدارية قوة قانونية حيث تُلزِم الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية، ذلك إن صفقات الأشغال أو التوريدات أو الخدمات المبرمة لحساب شخص من الأشخاص المعنوية العامة لا تكون صحيحة ونهائية إلا بعد المصادقة عليها من طرف السلطة المختصة، فقدْ تقبِل السلطة على كل تدبير إداري يسبق المصادقة كسحبها للمداولات التي أبرمت العقد الإداري أو سحبها للمصادقة نفسها ذلك أن سلطة الوصاية تتمتع بحرية إقرار التصديق أو عدم إقراره، وفي حالة رفض هذا التصديق، فإنَّ العقد من وجهة نظرها يكون غير ملائم، وكل متعاقد شرع في تنفيذه، قبل المصادقة عليه، يتحمل كامل مسؤوليته عن كل الأخطار والمخاطر الناجمة عن هذا التنفيذ [٣].

فإنَّ نتيجة البت بالمناقصة يحدد مسارها بشكل نهائي، فإذا وافق المرجع الصالح على المناقصة، يجري استكمال. الإجراءات الآيلة إلى قيام الرابطة التعاقدية، تمهيداً للمباشرة في التنفيذ، أما إذا رفض الموافقة، فتندثر العلاقة التي كانت قائمة بين الفريقين (الإدارة وصاحب العرض الأفضل) ويتحرر كل فريق من موجباته اتجاه الآخر [٤].

حيث إنَّ التزامات الإدارة لا تبدأ إلا من تاريخ المصادقة على قرار الإرساء من السلطة المختصة ويترتب على ذلك نتيجة هامة تعدْ استثناءاً من القواعد العامة التي تحكم العقود، وهي

---

(١) د. مهند مختار نوح، المصدر السابق، ص٧٦٢.

(٢) د. مجدي عز الدين يوسف، المصدر السابق، ص٣٥٥.

(٣) مولاي إدريس الحلابي الكتاني، العقود الإدارية، ٢٠٠٠، ص٤٩.

(٤) وجيه سعد، المصدر السابق، ص١٦٣.

أن التزامات الأفراد والإدارة لا تبدأ في ميعاد واحد، فبينما تبدأ التزامات الإدارة في السريان منذ تاريخ المصادقة على قرار الإرساء، نجد أن المتعاقد مع الإدارة يلتزم بالاستمرار في عطائه[١].

الفقرة الثالثة:الصيغة القانونية لإبرام العقود الإدارية

تأخذ هذه الصيغة جانبين قانونيين فمن جهة قد تتقيد الإدارة بأن يكون العقد المبرم مع الغير على شكل صيغة مكتوبة، أو لايلزمها القانون ذلك، وأن تلتزم الإدارة بآلية خاصة لإبرام العقد الإداري وهذا ما سنوضحه بالشكل التالي:

النبذة الأولى: شكل العقد

الشكل في العقد يقصدُ به ورود الرضا في إتمام العقد في شكل خاص محدد، فطبيعة العقود الإدارية تفرض أحياناً خضوع تلك العقود لمبدأ الكتابة نظراً لما يُتبع في إبرامها من أوضاع إدارية وإجراءات تقتضيها طبيعة النشاط الإداري، لكن ضرورات الكتابة التي تفرضها طبيعة النشاط الإداري لا تبرزُ اعتبار الكتابة بمثابة شكل في ذلك العقد لا ينعقد بدونه، بل تبقى الكتابة شكل للإثبات.فمجلس الدولة الفرنسي أوضحَ إنَّه لا يتطلب في العقد الإداري شكلاً معيناً إذ إنَّه يعول على الطبيعة الذاتية لتحديد العقد الإداري حتى ولو لم يكن ذلك العقد مكتوباً، فقد أعتبرَ العقد الذي أبرمته إدارة شؤون اللاجئين ومشردي الحرب في وزارة المحاربين القدماء مع الزوجين (بارتان) عقداً إدارياً رغم كون ذلك العقد غير مكتوب، وقد أُبرم بينهما شفاها [٢].

كذلك القضاء المصري قد أيدَ ذلك في قرار للمحكمة الإدارية في أنْ تتعاقدُ الإدارة مع الغير بعقد غير مكتوب على الرغم من إنَّه غير مألوف في العقود الإدارية [٣]. واللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، ألزمت الإدارة بتحرير عقد متى بلغ مجموع قيمة ما رسا توريده أو تنفيذه خمسين ألف جنيه أما فيما يقل عن ذلك فيجب أخذ إقرار مكتوب من المتعاقد مع الجهة الإدارية شاملا كافة الضمانات اللازمة لتنفيذ التعاقد [٤].

---

[١] د. عادل السعيد أبو الخير، المصدر السابق، ص٦٤٧.

[٢] د. إبراهيم طه فياض، المصدر السابق، ص١٥٩

[٣] حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٨ مايو ١٩٨٦، نقلاً عن د. سليمان الطماوي، ص٣٧٤.

[٤] المادة (٣٢) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لسنة١٩٩٨.

والفقه اللبناني يرى إنَّ الأصل، وما لم ينص القانون على خلاف ذلك صراحة، ليست الإدارة ملزمة بإجراء العقود خطيا و هي على نوعين:

أ. **العقود الخطية:**(عقود الالتزامات العامة وعقود الامتيازات، عقود التوظيف، تبادل الخطابات وهي تقوم مقام العقد الخطي (المادة ١٤٨ من قانون المحاسبة العمومية)، شرط أن يعبر هذا التبادل عن أتفاق حقيقي ولا يقتصر على مجرد مفاوضات).

ب. **العقود غير الخطية:** (الصفقات بموجب بيان أو فاتورة (المادة١٥١ من قانون المحاسبة العمومية)، الاتفاقات الشفهية الصرف وهي جائزة ما لم يكن هنالك نص مخالف، وصحيح أن إثباتها صعب، ولكن القضاء الإداري يعطي الفريق الذي يدلي بوجود العقد الشفهي والذي يقع عليه إثبات وجود هذا العقد، حق إثبات ذلك بكافة الوسائل التي يعود أمر تقدير قيمتها إلى القاضي نفسه، والنوع الآخر (العقود الضمنية)، وهي التي تتم عن رضاً متبادل غير معبر عنه خطياً) [١].

أما في العراق فقد أشارت التعليمات الحكومية على كيفية إعداد صيغة العقد (يتم إعداد صيغة العقود من تشكيلات التعاقدات في الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم بالتنسيق مع الدوائر المالية والفنية والجهات المستفيدة وعلى إن تتضمن الفقرات الواردة في شروط المناقصة أو الدعوة مضافا إليها أية شروط إضافية يتفق عليها الطرفان تضمن سلامة التنفيذ وفق نماذج العقود التي تصدر عن دائرة العقود العامة في وزارة التخطيط والتعاون الإنمائي) [٢].

النبذة الثانية: إبرام العقد

إنَّ إبرام العقد يعني التئام المسيئتين، مشيئة الإدارة ممثلة بالموظف المؤهل من قبلها من جهة، ومشيئة المتعاقد معها من جهة أخرى وذلك بتوقيعهما عليه، والإبرام ذو أهمية بالغة وأساسية، فهو العنصر الجوهري الذي يؤدي إلى نشوء الحالة التعاقدية، وبدونه لا يكون العقد باطلاً وحسب، بل عديم الوجود، ولا يتحقق تلاقي الإرادتين في العقد الإرادي إلا إذا كان قبول الفريق الآخر متفقاً مع عرض الإدارة وإلا أنعدم الاتفاق، فغالباً ما يُحدد المرجع الصالح للإبرام في القانون، وإذا لم يحدد القانون مرجعاً صالحاً للإبرام فإن العضو التنفيذي للجماعة العامة

---

[١] د. يوسف سعد الله الخوري، المصدر السابق، ص٤٦٦.

[٢] المادة (٨) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم ١ لسنة ٢٠٠٨.

يعتبر بصورة عامة، ولكن قد يحصل أنْ تقوم السلطة المانحة بتفويض من ينوب عنها بالتوقيع. إنَّ مثل هذا التفويض يجب أنْ يكون أصولياً وإلا كان العقد الموقع من موظف فُوّض خلافاً للأصول، غير صحيح، لا يجوز مخالفة قواعد الاختصاص المقررة وذلك لتعلقها بالانتظام العام، وعليه، إذا تم التوقيع على العقد من قبل مرجع غير مختص، فإنَّ هذا العقد يعتبر مشوباً بعيب جوهري ويكون باطلاً بطلان مطلق [1].

أما الأفراد الذين صدر كتاب الإحالة بصددهم يبقون ملتزمون بعروضهم ويتوجب عليهم تقديم التأمينات النهائية التي أوجبتها التعليمات، فالتأمينات النهائية تعتبر من الأمور المهمة والأساسية للإدارة كونها ضمانة تؤمن الإدارة ضد الأخطار التي يرتكبها المتعاقد في تنفيذ العقد كما يضمن ملاءته عند مواجهة مسؤولياته المالية عند التنفيذ.

فقد نصت المادة الرابعة من دفتر الأحكام والشروط العامة اللبناني على الكفالة المؤقتة بالنسبة إلى العارض، والكفالة النهائية بالنسبة إلى الملتزم وقَضَتْ في الفقرة الثانية منها بأنه إذا خلا دفتر الشروط الخاص من تحديد لقيمة الكفالة، فتحدد، عندئذ، بنسبة ثلاثة بالمائة للكفالة المؤقتة، وبنسبة عشرة بالمائة للكفالة النهائية من القيمة المقدرة للصفقة بعد إن تنزل منها قيمة النفقات غير المتوقعة، ونفقات الأشغال بالأمانة [2].

كما نصت عليها التعليمات الحكومية في العراق (تحدد التأمينات النهائية لضمان حسن التنفيذ لكافة العقود بنسبة (٥%) خمسة من المائة من مبلغ العقد صادرة من مصرف معتمد في العراق ولا تطلق إلا بعدَ صدور شهادة القبول النهائية وتصفية الحسابات النهائية) [3]، كما أوضحت التعليمات الآثار القانونية في حالة رفض المناقص الفائز بتوقيع العقد (في حالة نكول المرشحين الأول والثاني عن توقيع العقد و/أو تقديم خطاب ضمان حسن التنفيذ فلجهة التعاقد ترسية المناقصة على المناقص الثالث ويتحمل الناكلان الأول والثاني فرق البدلين بالتضامن وحسب فرق المبالغ الخاصة بالترشيح لهما مع مصادرة التأمينات الأولية) [4]، وأن المشرّع

---

(1) د. يوسف سعدالله، المصدر السابق، ص٤٥٤، (بل ويذهب البعض إلى القول بأنَّ العقد في هذه الحالة، لا يكون باطلاً، فحسب بل منعدماً) ينظر د. عادل السعيد أبو الخير، المصدر السابق، ص٦٦١.

(2) عبد اللطيف قطيش، المصدر السابق، ص٩٠.

(3) المادة (١٦– أولاً– د) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ١ لسنة٢٠٠٨.

(4) المادة (١٧– اولا–ج) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ١ لسنة٢٠٠٨.

المصري يطبق التعليمات الخاصة بالتأمين النهائي وفقا لما سار عليه المشرّع العراقي من حيث نسبة التأمين وجزاء عدم تقديمه [١].

وهذا ما قَضَتْ به محكمة القضاء المصري (ما يودعه من رسا عليه العطاء بعد إخطاره بقبول عطائه ضماناً لملاءته إزاء المسؤوليات التي قد يتعرض لها من جراء عدم قيامه بتنفيذ العقد على الوجه الأكمل، ولتحصيل الجزاءات، الغرامات والتعويضات وغير ذلك من المبالغ التي تستحق على المقاول أو المتعهد طبقا لنصوص العقد) [٢].

ومن جانب آخر إذا لم يخضع القانون العقد لموجب تصديق لاحق لعملية الإبرام فإنَّ مجرد إبرامه يجعله نهائياً بكل ما يترتب على ذلك من مفاعيل قانونية، أما إذا أخضعه القانون لموجب تصديق لاحق، فإنَّه لا يصبح نهائياً إلا بعد حصول هذا التصديق بالرغم من إنَّ الرابطة التعاقدية تكون قد نشأت بمجرد التئام المسيئتين، وأحياناً يكون إبرام العقد خاضعاً، بموجب أحكام القانون، لمعاملة أخرى خارجة عن التصديق ليصبح نهائياً فبمقتضى أحكام المادة (١٣٣) من قانون المحاسبة العمومية اللبناني لا تصبح الصفقة نهائية إلا بعد إبلاغ التصديق (أو التوقيع أي ألإبرام إلى الملتزم، وعليه فإنَّ إسناد ألالتزام إلى أحدهم بصورة مؤقتة لا يوليه قبل تصديقه (أي توقيعه) وإبلاغه منه أي حق مكتسب[٣].

فالتصديق في هذه الحالات يعتبر أحد العناصر اللازمة لإبرام العقد، فإذا لم تقم السلطة المختصة بالتصديق فإن الرابطة العقدية لا تنشأ، ومن ثم لا يمكن التمسك بالعقد أو دعوى المسؤولية العقدية، ومع ذلك يمكن لمن أقدم على التعاقد مع الإدارة الحصول على تعويض عن الأضرار التي قد تلحق به استناداً لقواعد الإثراء بلا سبب أو لقواعد الخطأ [٤].

فتدخل السلطة الإدارية المختصة لإبرام العقد يؤلف مظهر من مظاهر إرادة هذه الإدارة، هذا المظهر ينبغي أن يكون صريحاً، وما لم يكن هنالك نص مغاير من قانون أو نظام، لا يمكن أن يكون هنالك إبرام لعقد من قبل الإدارة إذا لم تظهر هذه الإرادة [٥].

---

[١] المادة (٢١، ١٨) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة١٩٩٨.

[٢] د. سليمان الطماوي، المصدر السابق، ٣٦٦.

[٣] د. يوسف سعدالله، المصدر السابق، ص٤٥٥.

[٤] د. مجدي عز الدين يوسف، المصدر السابق، ص٣٥٨.

[٥] محمود زكي شمس، المصدر السابق، ص٩٢٥.

الخاتمـة

من خلال ما تقدم عرضه من تحليل للنصوص التشريعية و الأنظمة وقرارات المحاكم العادية والإدارية المتعلقة بأصول إبرام العقود الإدارية نستنتج الأتي:

أولاً: إنَّ النصوص التشريعية والأنظمة المتعلقة بالعقود الإدارية في الدول المقارنة لم تواكب التطور الحاصل في العالم، من خلال اعتماد أنواع حديثة للعقود الإدارية كعقد البوت وعقد الشراكة، هذا مما ينعكس سلباً على واجبات الإدارة ولا سيما في تقديم الخدمات العامة للأفراد، فضلاً عن تباين اجتهادات القضاء إزاء كل حالة معروضة عليه بالنسبة لتلك الأنواع كالقضاء اللبناني.

على هذا ينبغي على المشرّع في تلك الدول إصدار قانون للمناقصات العامة أو للعقود الإدارية ينسجم مع التطور الحاصل في تشريعات دول العالم وخاصة في عقود (البوت وعقود الشراكة).

ثانياً: إنَّ المشاريع التنموية الكبرى التي يرتكز عليها الاقتصاد الوطني تتوقف بسبب الخلافات السياسية والانتقال من الحكومة الفعلية إلى حكومة تصريف الأعمال التي لا يمكنها الدخول في التزامات مالية كبيرة كما هو الحال الآن في لبنان.

ثالثاً: إنَّ التعاقد الإداري يمر بإجراءات ومراحل معقدة نسبيا (إعلان، فتح، تحليل، مصادقة) مما تستغرق معها مدد زمنية طويلة لا تنسجم مع الخطط التنموية وتسيير المرافق العامة كهدف رئيسي للإدارة في الدول المقارنة.

عليه فقد تلجأ الإدارة للتخلص من التعقيد في إجراءات العقود الإدارية إلى اختصار الجهد والوقت، لكن ذلك لا يتم إلا على حساب قانونية تلك الإجراءات هذا مما يدعها في دائرة الشك والاتهام بالفساد الإداري.

في ضوء ما تقدم نقترح التوصيات الآتية:

١. **فيما يتعلق بالتشريعات والأنظمة:**

أ. أنْ تسعى القوانين والأنظمة الصادرة بموجبها، والمنظمة للعقود الإدارية إلى تحقيق توازن بين الإجراءات التعاقدية التي تضمن الوصول إلى المناقص الأكفأ والأقل سعراً من جهة وضمان تسيير المرافق العامة باستمرار وتحقيق التنمية المطلوبة من جهة أخرى، فلا يغلب الهدف الأول على حساب الثاني، ويعقّد الإجراءات على نحو تعجز الإدارة معها على ضمان مشروعية تلك الإجراءات مما يدعها في موقف إما مخالفة القوانين والأنظمة أو السير في إجراءات تعاقدية مُعقدةً لها.

ب. إنَّ عملية تأخير إقرار الموازنة وعدم أطلاقها بوقت مبكر من بداية السنة والتي قد تصل إلى عدة شهور خلال السنة كما في العراق، أو الاعتماد على الموازنة الأثني عشريه لعدة سنوات كما في لبنان (منذ عام ٢٠٠٥ ولحد الآن) وبالمقابل سعي الوزارات أو الجهات غير المرتبطة بوزارة بإنجاز مشاريعها المدرجة ضمن الخطة خلال نفس السنة، يؤدي إلى قيام الإدارة بإبرام عقودها بصورة مخالفة للقوانين والأنظمة، الأمر الذي يتطلب من المشرّع عدم التأخير في إقرار الموازنة حتى يمكن للإدارة من التعاقد وفقاً للأصول القانونية.

ج. أنْ يسير المشرّع العراقي على خطى المشرّع اللبناني من خلال تبني الاستشارة الملزمة من ديوان الرقابة المالية الاتحادي للعقود الإدارية التي تزيد قيمتها عن مبلغ محدد يقدره المشرّع.

٢. **فيما خص الممارسة التنفيذية لإبرام العقود:**

على الإدارة عند دخولها في العملية التعاقدية أن تأخذ بعين الاعتبار الأمور التالية:

أ. إعداد دراسة جدوى دقيقة للمشروع بكافة تفاصيلها (الفنية والمالية والقانونية) وفي حالة عدم تمكنها من ذلك الاستعانة بالدوائر المختصة أو التعاقد مع جهات متخصصة، لأهمية هذه الدراسة التي في ضوئها سيتم اتخاذ قرار تنفيذ المشروع من عدمه.

ب. تنظيم دفتر الشروط الخاص بالمشروع بكل دقة ومن أفراد متخصصين ومن كافة الاختصاصات ومتطور، بالاستعانة بكل الوسائل الحديثة، كونه الحجر الأساس الذي سيتم تنفيذ العقد في ضوئه، وعدم اللجوء إلى تعديله بعد الإعلان عنه إلا في الحالات الضرورية.

ج. على الإدارة العناية بمرحلة الإعلان عن المشروع من حيث مضمون الإعلان ومدته باعتباره النافذة التي من خلالها سيتقدم الراغب بالاشتراك.

د. محاولة انجاز الإجراءات التعاقدية في اقصر فترة ممكنه، حيث إنَّ طول تلك المدة يشكل ضرر على المناقصين والإدارة على حد سواء، وذلك لتغيير الأسعار في السوق العالمية، وتأخير في تقديم الخدمات المرجوة من تلك المشاريع التي تنوي الإدارة تنفيذها.

هـ. تشكيل لجان فتح وتحليل من أشخاص متخصصين وذوي كفاءة ومعرفة بالأمور الفنية والمالية والقانونية، ليتسنى لها دراسة العروض المقدمة وتقديم التوصية اللازمة بالإرساء على العطاء الأفضل بكل شفافية ونزاهة.

و. على الإدارة التأكدُ من أن المشروع مدرج ضمن المشاريع المعتمدة والتي تم توفير الاعتماد اللازم لها، أو من المشاريع التي تدخل ضمن الفقرات المعتمدة في الموازنة حتى لا تدخل الإدارة في إجراءات تعاقدية طويلة من حيث المدة والتطبيق ومن ثم تترتب عليها المسؤولية كون المشروع ليس له اعتماد أو لا يدخل ضمن المشاريع التي فيها اعتماد.

٣. وأخيرا لا تبقى الحاجة محصورة بتطوير النصوص التشريعية، أو إجراءات تتطلب من الإدارة ملاحظتها، بل بات من الضروري تأهيل القائمين على إبرام تلك العقود من خلال إقامة دورات تدريبية من الجهات المختصة لبيان آلية ممارسة التشريعات والأنظمة بالشكل الصحيح.

(والحمد لله وبه نستعين)

المصـادر

أولاً: الكتب

١. ال أدم، يوحنا، دراسة الجدوى الاقتصادية وتقييم كفاءة أداء المنظمات، دار المسيرة للنشر والتوزيع_عمان، ط٢، ٢٠٠٥.

٢. إبراهيم شرف، عبد المنعم عبد الحميد، العقود الإدارية، ط١، ٢٠٠٢.

٣. إبراهيم، عبد المنعم عبد الحميد، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.

٤. إبراهيم محسن عبد الحميد، النظرية العامة للالتزامات، ج١، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة، ١٩٩٣.

٥. إبراهيم، هلال يوسف، الموسوعة الكاملة في أحكام المحكمة الدستورية العليا، دار المطبوعات الجامعية –الإسكندرية، ج٢، ٢٠٠٧.

٦. أبو العينين، محمد ماهر، قوانين المزايدات والمناقصات والعقود الإدارية، الكتاب الأول.بدون تاريخ نشر.

٧. أبو الخير، عادل السعيد، القانون الإداري، بدون نشر، ٢٠٠٩.

٨. أبو سعد، وسيم نقولا، رقابة ديوان المحاسبة المسبقة، منشورات الحلبي لحقوقية، ط١، ٢٠٠٧.

٩. أحمد، الديداموني مصطفى، الإجراءات والأشكال في القرار الإداري، الهيئة المصرية للكتاب ١٩٩٢.

١٠. إسماعيل، محمد عبد المجيد، القانون العام ألاقتصادي والعقد الإداري الدولي الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٠.

١١. إسماعيل، محمد عبد المجيد، عقود ألأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٣.

١٢. الأبرش محمد رياض، الخصخصة آفاقها وأبعادها، دار الفكر. دمشق، ط١، ٢٠٠٢.

١٣. الناشف، أنطوان، (الخصخصة والتخصيص) مفهوم جديد لفكرة الدولة ودورها في إدارة المرافق العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٠.

١٤. أوهاب، نذير بن محمد الطيب، نظرية العقود الإدارية دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون، معهد الإدارة العامة، السعودية، ٢٠٠٦.

١٥. البرزنجي، عصام، علي محمد بدير، مهدي السلامي، مبادئ وأحكام القانون الإداري، دار الكتب للنشر، بغداد، ١٩٩٣.
١٦. بسيوني، عبد الغني، القانون الإداري، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت.دون سنة نشر.
١٧. بشير، نصر الدين محمد، غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تسيير المرفق العام (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٧.
١٨. بلوط، حسن إبراهيم، إدارة المشاريع ودراسة جدواها الاقتصادية، دار النهضة العربية-بيروت، ٢٠٠٢.
١٩. البنا، محمود عاطف، الموازنة العامة وتنفيذ البرامج الطويلة الأمد، المنظمة العربية للعلوم الإدارية، ١٩٧٠.
٢٠. التحيوي، محمود السيد عمر، التجاء الجهات الإدارية للتحكيم ألاختياري في العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، ألإسكندرية، ٢٠٠٧.
٢١. تناغو، سميرعبد السيد ، التأمينات الشخصية والعينية، دائرة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٥.
٢٢. جابر، عبد الرؤوف، النظرية العامة في إجراءات المناقصات والعقود، دار النهضة العربية- بيروت، ٢٠٠٣.
٢٣. جابر، عبد الرؤوف، ضمانات المشاريع ألإنشائية العامة، منشورات الحلبي الحقوقية.بدون تاريخ نشر.
٢٤. جابر، وليد حيدر، طرق إدارة المرافق العامة المؤسسة العامة والخصخصة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط١، ٢٠٠٩.
٢٥. الجبوري، ماهر صالح، القانون الإداري العام، دار الكتب للطباعة، بغداد، ١٩٨٩.
٢٦. الجبوري، محمود خلف، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠.
٢٧. الجرف، طعيمه، القانون الإداري، دار النهضة العربية القاهرة، ١٩٨٥.
٢٨. جمعة، احمد محمود، العقود الإدارية، ٢٠٠٢.
٢٩. الجميلي، محمد عبد الواحد، ماهية العقد الإداري في ضوء أحكام القضاء المصري والفرنسي، دار النهضة القاهرة، ١٩٩٥.
٣٠. جورج فوديل، ترجمة منصور القاضي، القانون الإداري الجزء الأول، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع، ٢٠٠١.

٣١.حسبو، عمرو احمد، التطور الحديث لعقود التزام المرفق العام طبقا لنظام BOT، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
٣٢.حسين، محمد بكر، الوسيط في القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٧.
٣٣.الحص، سليم، (الحلقة النقاشية التي أقامتهاالمنظمة العربية لمكافحة الفساد)، الخصخصة وتحديات التنمية المستدامة في الأقطار العربية، المنظمة العربية لمكافحة الفساد، مركز دراسات الوحدة العربية، ط١، ٢٠١٠.
٣٤.الحلو، ماجد راغب، العقود الإدارية والتحكيم، الدار الجامعية للطباعة، بيروت، ٢٠٠٠.
٣٥.الحلو، ماجد راغب، العقود الإدارية، الدار الجامعية للطباعة- بيروت، ٢٠٠٧.
٣٦.الخلايلة، محمد علي، القانون الإداري، دار إثراء للنشر والتوزيع-الأردن، ٢٠٠١.
٣٧.خليفة، عبد العزيز عبد المنعم، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر- الإسكندرية، ٢٠٠٧.
٣٨.خماس، فاروق احمد، محمد عبدألله الدليمي،. النظرية العامة للعقود الإدارية، دار الكتب، بغداد، ١٩٩٢.
٣٩.خوري، رئيف ، عقود البي أو تي وعقود الخصخصة، منشورات صادر الحقوقية، ٢٠٠٢.
٤٠.الخوري، يوسف سعد الله، مجموعة القانون الإداري العام، الجزء الثاني، ١٩٩٩.
٤١.الخوري، يوسف سعدالله، القانون الإداري العام، ١٩٩٨.
٤٢.رفعت، محمد عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، ١٩٩١
٤٣.زين الدين، بلال أمين، المسؤولية الإدارية التعاقدية وغير التعاقدية في مصر و فرنسا، دار الفكر الجامعي-الإسكندرية، ٢٠١١
٤٤.سردوك، هيبة، المناقصة العامة كطريقة للتعاقد الإداري، مكتبة الوفاء القانونية – الأسكندرية ٢٠٠٩.
٤٥.سرى الدين، هاني صلاح، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، دار النهضة العربية. القاهرة، ط١، ٢٠٠١
٤٦.سعد، نبيل إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٠.
٤٧.سعد، وجيه، الموجز في قانون المحاسبة العمومية، ط١، ٢٠٠٠.
٤٨.السلمي، عبدا لله بن ناصر، الغش وأثره في العقود، ج١، ط١، ٢٠٠٤.

٤٩. سليم، ايمن سعد، التوقيع الالكتروني (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية- القاهرة، ٢٠٠٤.

٥٠. السناري، محمد عبد العال، طرق وأساليب التعاقد الإداري وحقوق والتزامات المتعاقدين (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر.

٥١. سيد أحمد، جيهان حسن، عقود البوتB.O.T وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها، دار النهضة العربية القاهرة مصر، ٢٠٠٢.

٥٢. السيد اسماعيل، خميس، العقود الإدارية والتعويضات، موسوعة القضاء الإداري، دار محمود للنشر، القاهرة، ٢٠٠٢.

٥٣. السيد حمدي أبو ألنور، الوجيز في العقود الإدارية، ٢٠٠٨.

٥٤. الشرقاوي سعاد، العقود الإدارية، ١٩٩١.

٥٥. شفيق، علي، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في المملكة العربية السعودية (دراسة مقارنة)، معهد الإدارة العامة – السعودية، ٢٠٠٢.

٥٦. شمس، محمود زكي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ، مطبعة الداودي، دمشق، ج٢، ط١، ٢٠٠٠.

٥٧. الشهاوي، إبراهيم، ألامتياز بنظام B.O.T وأهميته ألاقتصادية، مجلة مصر المعاصرة الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي وألاقتصاد والتشريع، مطابع ألأهرام –القاهرة، عدد٤٧٥-٤٧٦، ٢٠٠٤.

٥٨. شيحا، إبراهيم عبد العزيز، الوسيط في مبادئ وأحكام القانون الإداري، الدار الجامعية للطباعة.

٥٩. صبره، محمود محمدعلي، إعداد وصياغة العقود الحكومية، دار الكتب القانونية- مصر، ٢٠١٠.

٦٠. الصروخ، مليكة، القانون الإداري، الشركة المغربية لتوزيع الكتاب- الدار البيضاء المغرب، ط٦، ٢٠٠٦.

٦١. الطماوي، سليمان محمد، الأسس العامة للعقود الإدارية، مطبعة جامعة عين شمس، الطبعة الخامسة، ١٩٩١.

٦٢. عالية، سمير، الوسيط في شرح قانون العقوبات، المؤسسة الجامعية للنشر، ط١، ٢٠١٠.

٦٣. عبد الباسط، محمد فؤاد، القانون الإداري، بدون ذكر مكان النشر، ٢٠٠١.

٦٤. عبد التواب، وليد رمضان، التعليق على قانون المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية، مركز محمود للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٠.
٦٥. عبد العزيز، سمير محمد، نظام البناء التشغيل . نقل الملكية B.O.T لتمويل وإدارة وتحديث مشروعات البنية الأساسية، مطبعة الإشعاع الفنية، مصر، ط١، ٢٠٠٣.
٦٦. عبد الله، هدى، دروس في القانون المدني، العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٨.
٦٧. عبد المنعم، محمد أحمد، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية دراسة مقارنة، دار النهضة العربية القاهرة، ٢٠٠٠.
٦٨. عكاشة، حمدي ياسين، العقود الإدارية في التطبيق العملي، منشأة المعارف، ألإسكندرية، ١٩٩٨.
٦٩. علاوي، ماهر صالح، القانون الإداري، دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٨٩.
٧٠. العلي، عبد الستار محمد، إدارة المشروعات العامة، دار المسيرة للنشر، عمان، ط ١، ٢٠٠٩.
٧١. عمرو، عدنان، مبادئ القانون الإداري نشاط الإدارة ووسائلها، منشاة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤.
٧٢. عياد، احمد عثمان، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٣.
٧٣. الفاعوري، رفعت عبد العليم، تجارب عربية في الخصخصة، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، ٢٠٠٤.
٧٤. فرحات، فوزت، القانون الإداري العام، ج١-ط٢، ٢٠١٢.
٧٥. فرحات، فوزت، القانون الإداري العام، ٢٠٠٤.
٧٦. فرحات، فوزت، المالية العامة.
٧٧. فياض، إبراهيم طه، العقود الإدارية، النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن، مكتبة الفلاح . الكويت، ١٩٨١.
٧٨. قبلان، علي عبد الأمير، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، منشورات زين حقوقية، ج٢، ٢٠١١.
٧٩. القبيلات، حمدي، القانون الإداري، دار وائل للنشر والطباعة- عمان -الأردن، ط١، ٢٠١٠.

٨٠. القدوة، محمود، الحكومة الالكترونية والإدارة المعاصرة، دار أسامة للنشر والتوزيع، الاردن، ٢٠١٠ .
٨١. قطيش، عبد اللطيف، الصفقات العمومية تشريعاً وفقهاً واجتهاداً (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٠.
٨٢. القيسي، محيي الدين، محاضرة ألقيت على طلبة الدراسات العليا، الجامعة ألإسلامية، ٢٠١٢.
٨٣. القيسي، محيي الدين، القانون الإداري العام، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٧.
٨٤. كامل، ياسر احمد، النظام القانوني لعقد بوت، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت ١٩٩٥.
٨٥. كبارة، نزيه، مبادئ القانون الإداري، مطابع المكمل، طرابلس ط٣، ٢٠٠١.
٨٦. الكتاني، مولاي إدريس الحلابي، العقود الإدارية، ٢٠٠٠.
٨٧. كنعان، نواف، القانون الإداري، الكتاب الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان– الأردن، ٢٠١٠.
٨٨. ليلة، أحمد كامل، نظرية التنفيذ المباشر في القانون الإداري، دار الفكر العربي، الإسكندرية، ٢٠٠٠.
٨٩. ليلو، مازن راضي، القانون الإداري، مطبعة جامعة دهوك، ط٣، ٢٠١٠
٩٠. ليلو، مازن راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن، بدون سنة.
٩١. محمد، خالد عبد الفتاح، المشكلات العملية في قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية، ٢٠١٠.
٩٢. محمد عثمان، حسين عثمان، أصول القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٦.
٩٣. محمد علي، مصطفى كامل، الشروط والإجراءات السابقة على عمل السلطة المتعاقدة وآثارها على عقود الإدارة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.
٩٤. مخلف، عارف صالح، علي مخلف حماد، مبدأ حرية المنافسة في التعاقد في المناقصة، جامعة الأنبار، مجلة العلوم القانونية والسياسية، عدد٥، ٢٠١٢.
٩٥. المشاهدي، خليل، التطبيق القضائي لمناقصات العقود الحكومية، بغداد، مكتب صباح، ج١، ٢٠١٢.
٩٦. المصري، حازم بيومي، التوازن في العقد الإداري الدولي، دار النهضة العربية القاهرة، ٢٠١٠.

٩٧.موسى، شقيري نوري، دراسة الجدوى الاقتصادية وتقييم المشروعات الاستثمارية، ط ١، دار المسيرة للنشر، عمان، ٢٠٠٩.
٩٨.نابلسي، نصري منصور، العقود الإدارية، منشورات زين الحقوقية، ط١، ٢٠٠١.
٩٩.ناصيف، ألياس، عقدالبوت، سلسلة أبحاث قانونية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، ٢٠٠٦.
١٠٠.نخلة، موريس، العقود الإدارية، ١٩٨٥.
١٠١.نوح، مهند مختار، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٥.
١٠٢.آل ياسين، محمد علي، القانون الإداري المبادئ العامة، مطبعة الديواني- بغداد، ط٢ ٢٠٠٥.
١٠٣. يعرب، محمد الشرع، دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الإقتصاديةB.O.T دراسة مقارنة، دار الفكر - دمشق، ٢٠١٠
١٠٤.يوسف، مجدي عز الدين، مبدأ أولوية المسئولية العقدية في مجال مسؤولية أشخاص القانون العام، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد (٤)، ١٩٩٦.

ثانياً: الرسائل والاطاريح

١. الهاشمي، عبد المطلب عبد الرزاق، النظام القانوني للإحالة في العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، ١٩٩٧.
٢. إيلي، مسعود خطار، التعاقد من الباطن في التنازع الإداري (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، الجامعة اللبنانية، ٢٠١٣.
٣. نابلسي، نصري منصور، آثار العقود الإدارية في القانون اللبناني، أطروحة دكتوراه، جامعة بيروت العربية، ٢٠١٠.
٤. ريحان، وفيق خضر، أوجه التجديد في العقد الإداري، أطروحة دكتورا، الجامعة اللبنانية، ٢٠٠٠.
٥. عبد اللطيف، عبد اللطيف نايف، التنظيم القانوني للمفاوضات في العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، ٢٠٠٦.
٦. عبد اللطيف، عاطف محمد، امتيازات الإدارة في العقد الحكومي في النظام الانكلوامريكي والعقد الإداري المصري، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠١٠.

٧. الهاشمي، رشا محمد جعفر، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في العراق في فرض الجزاءات على المتعاقد معها، رسالة ماستر، جامعة بغداد، ٢٠٠٥.
٨. الديماني، ماجد ملفي زايد، الجزاءات الضاغطة في العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، رسالة ماستر، جامعة القاهرة، ٢٠٠٨.
٩. الحلفي، ياسين كريم محمد، الهيئات الاستشارية ودورها في اتخاذ القرار، رسالة ماستر، جامعة بغداد، ١٩٩٠.
١٠. جابر، عبد الرءوف، رقابة ديوان المحاسبة في القانون اللبناني والأردني، رسالة ماستر، الجامعة اللبنانية، ١٩٩٦.
١١. عبد الأمير، عزام، أمكانية التحكيم في العقود الإدارية في لبنان، رسالة ماستر، الجامعة اللبنانية، ٢٠٠٢.
١٢. عمر، ابو بكر صديق، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في إبرام العقود الإدارية بطريق المناقصات، رسالة ماستر، جامعة بيروت العربية، ٢٠١٢.
١٣. يعقوب، سحر جبار، فسخ العقد الإداري قضائياً لخطأ الإدارة، رسالة ماستر، جامعة بابل، ٢٠٠٣.
١٤. جاسم، هاتف كاظم، حدود السلطة التقديرية للإدارة في المزايدات العامة، رسالة ماستر، جامعة بابل، ٢٠٠٦.
١٥. أحمد، صقر، الضمانة المصرفية لدى أول طلب، رسالة دبلوم، الجامعة اللبنانية، ٢٠١١.
١٦. أحمد حمزة ناصر، النظام القانوني لسلطة الإدارة في تنفيذ العقود الإدارية، الجامعة الإسلامية، ، رسالة ماستر، ٢٠٠١.
١٧. جعفر ناصر عبد الرضا، القرار الإداري المعلق على شرط، رسالة ماستر، جامعة بيروت، ٢٠١١.

ثالثا:الدساتير والقوانين والتعليمات والأنظمة

١. الدستور اللبناني ١٩٢٦.
٢. الدستور العراقي ٢٠٠٥.
٣. الدستور المصري١٩٧١.

٤. قانون المحاسبة اللبناني رقم ١٤٩٦٩ لسنة ١٩٦٣.
٥. نظام المناقصات اللبناني ٢٨٦٦ لسنة ١٩٥٩.
٦. قانون الخصخصة اللبناني رقم ٢٢٨/٢٠٠٠.
٧. المرسوم الإشتراعي رقم ١١٢ /١٩٥٩ اللبناني.
٨. المرسوم الإشتراعي رقم ٢٠٠٢/٩٣٣٣ (تصنيف المتعهدين ومكاتب الدروس).
٩. المرسوم الإشتراعي رقم٣٤٠ في ١/٣/ ١٩٤٣ (قانون العقوبات اللبناني).
١٠. قانون العقود الحكومية العراقي رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤.
١١. قانون الموازنة الإتحادية العراقي رقم ٧ لسنة ٢٠١٣.
١٢. قانون بيع وإيجار أموال الدولة العراقي رقم ٣٢ لسنة ١٩٨٦.
١٣. قانون البلديات العراقي رقم١٤٦ لسنة ١٩٦٤.
١٤. تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم ١ لسنة ٢٠٠٢.
١٥. قانون انضباط موظفي الدولة العراقي رقم ١٤ لسنة ١٩٩١.
١٦. قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨.
١٧. اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨.
١٨. قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧.

رابعا :الدوريات

١. مجلة القضاء الإداري اللبناني (م ق أ).
٢. مجموعة الاجتهادات والآراء الاستشارية لديوان المحاسبة العمومية اللبناني.
٣. الجريدة الرسمية اللبنانية.
٤. الجريدة الرسمية العراقية.
٥. الجريدة الرسمية المصرية.
٦. الأعرج، محمد، نظام العقود الإدارية والصفقات العمومية وفق قرارات وأحكام القضاء المغربي، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية، ط٢، ٢٠٠٧.
٧. الباز، داود، المناقصة الإلكترونية وسيلة لاختيار المتعاقد مع الإدارة، جامعة الكويت مجلة الحقوق، عدد٣، سنة ٢٩، ٢٠٠٥.
٨. جابر، وليد، امتياز المرفق العام، مجلة الحياة النيابية، عدد٧٠، ٢٠٠٩.

٩. الحافظ، هاشم، إجراءات وأساليب إبرام العقود الإدارية في التشريع الأردني، الجامعة المستنصرية -كلية القانون مجلة الحقوق، عد١٩، ٢٠١٢.
١٠. حسن، محمد مصطفى، الرقابة القضائية على حدود السلطة التقديرية، مجلة العلوم الإدارية، عد١، ١٩٨٠.
١١. حسين، خليل، أهداف الخصخصة وشروط نجاحها القانونية و الاقتصادية، مجلة الحياة اللبنانية، مجلد٦٥، ٢٠٠٧.
١٢. حشيش، عبد الحميد كمال، الطبيعة الإدارية لعقد الكفالة، مجلة العلوم الإدارية – المعهد الدولي للعلوم الإدارية سنة ٥ عد١، ١٩٦٣.
١٣. حمدي، بارود، دراسة حول المبادئ التي تحكم المفاوضات في عقود نقل التكنولوجيا، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، عد٧٤، ٢٠٠٤.
١٤. زين، وائل، الجوانب الدستورية لخصخصة المرافق العامة، مجلة الحياة النيابية مجلد ٧٢، ٢٠٠٩.
١٥. سلهب، سامي، الخصخصة في لبنان بين القانون والواقع، مجلة الدراسات القانونية، جامعة بيروت العربية، كلية الحقوق، العدد٩، ٢٠٠٢.
١٦. الشامي، جاسم علي سالم، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، المؤتمر السنوي لجامعة بيروت العربية، كلية الحقوق، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٢.
١٧. الشرقاوي، سعاد، تنوع وتزايد العقود الإدارية، مجلة الأمن والقانون -كلية شرطة دبي، العدد٢، السنة الثالثة، ١٩٩٥.
١٨. صالح، رؤى عبد الستار، الإيجاب في العقود الإلكترونية، الجامعة المستنصرية – كلية القانون، مجلة الحقوق، عد١٤، ٢٠١١.
١٩. عالية، سمير، معيار تمييز العقود الإدارية، مجلة العدل، ١٩٨٥.
٢٠. القيسي، محيي الدين، العقود الإدارية وخصائصها وإمكانية التحكيم فيها في لبنان في ضوء قانون رقم ٤٤٠ تاريخ ٢٠٠٢/٧/٢٩، مجلة العدل، عدد١، ٢٠٠٧.
٢١. محمد عثمان، محمد فتوح، الخصخصة في الدولة التحررية (أللبيرالية) وأثرها في مفهوم القانون العام، مجلة العلوم الإدارية، المعهد الدولي للعلوم الإدارية، عد١، ١٩٩١.

خامساً: المصادر الأجنبية

1. Quancard. M.Ladjudication des marche public de travaux et de fournitures. Sirey.1945.
2. De Laubadere- Traite Theorque et pratique de droit administrative 1956.
3. Flamme – Traite Teorique et pratique. 1969
4. Francios Liorens. contrat Denterprise de Traavaux Publics.paris.1981

سادساً: المواقع اللالكترونية

1. http://www.d-raqaba-m.iq/pages_ar/repo_annual_ar.aspx
2. www.atefsalem.com
3. http://www.ummto.dz/1mg/pdf/MEMOIREI.pdf
4. http://www.almustgbal.com
5. www. wsntg. /publications/procederres/does
6. http://www.uabonline.org/magazine/magazine-
7. www.iraq-ig-law.org

الفهـرس

الموضوع	الصفحة